

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANA CLAUDIA DA SILVA

POLÍTICAS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO

**CURITIBA
2008**

ANA CLAUDIA DA SILVA

POLÍTICAS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Ivan Guérios Curi.

CURITIBA
2008

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA CLAUDIA DA SILVA

POLÍTICAS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Ivan Guérios Curi
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. _____
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Curitiba, __, de _____ de 2008.

Aos meus **pais**, às minhas **irmãs** e aos meus **sobrinhos**.

Ao meu namorado e colega de mestrado **Guilherme**.

RESUMO

Este trabalho tem como referencial teórico os movimentos de criminalização e descriminalização. A política criminal contemporânea é transcorrida por teorias punitivistas e não punitivistas. A primeira através do movimento de lei e ordem defende a expansão do poder punitivo, destacando-se a teoria funcionalista sistêmica do Direito Penal do inimigo defensora da intervenção penal máxima, com base na eleição do inimigo penal e fundada na pena como prevenção geral positiva. As doutrinas não punitivistas defendem um Direito Penal mínimo. Dentre elas, o abolicionismo penal prega a deslegitimação do poder punitivo, preconizando o controle social informal. Outra vertente, a minimalista pode ser dividida em minimalismo radical e moderada. Enquanto aquela defende a deslegitimação gradual, este advoga a relegitimação do sistema penal, asseguradas as garantias do cidadão. Entre punitivistas, abolicionistas e minimalistas (radicais), a teoria garantista apresenta-se como uma via alternativa, fundada na observância das garantias do réu. A criminalização, por representar um processo estigmatizante e seletivo, deve estar limitada através da missão de exclusiva proteção de bens jurídicos e pelo princípio da legalidade (formal e material). Procura-se evitar, o máximo possível a concretização das suas funções não declaradas, simbólicas e promocionais. Por fim, é essencial a releitura das teorias da pena e do conceito de bem jurídico-penal. Os movimentos de descriminalização não se confundem com os processos de política criminal alternativa a eles correlacionados (despenalização, diversificação). A descriminalização poderá ser substitutiva (altera-se a competência para outras esferas do Direito), de fato (aplicada no caso concreto, de variadas formas) e estrita (retira do âmbito penal determinado crime). Os processos de descriminalização são combatidos por fatores sociais (Estado Neoliberal e movimento de lei e ordem), pelo poder da mídia e por questões político-criminais. Como propostas descriminalizadoras assevera-se a descriminalização dos delitos situados exclusivamente na moral, dos crimes sem vítima ou sem dano e nas situações em que pelo princípio da subsidiariedade caberia a descriminalização substitutiva. Finalmente, a neocriminalização é uma realidade da sociedade moderna que não pode ser ignorada.

Palavras-chave: Descriminalização. Direito Penal do Inimigo. Abolicionismo. Minimalismo. Garantismo. Política Criminal. Teoria Garantista. Expansão Legislativa. Neocriminalização.

ABSTRACT

This work has as theoretical reference the criminalization and decriminalization movements. The modern criminal policy passes through punitive and non-punitive theories. The first one, following the law and order movement, defends the punitive power expansion, emphasizing the enemy's criminal law systemic functional theory, which defends maximum criminal intervention, based on the criminal-enemy election and founded on the conviction as general prevention in continental theory of criminal law. The non-punitive theories defend the minimum criminal law. Among them, the criminal abolitionism pleads the punitive's power delegitimization, praising the informal social control. Another source, the minimalist, can be divided in radical minimalism and moderate minimalism. While the radical minimalism defends the gradual delegitimization, the moderate defends criminal system's legitimization, assured in the citizen's guarantees. Among the punitive, abolitionists and minimalists (radical), the guarantee theory presents an alternative access, founded in the defendant's warranties observance. The criminalization, by representing a selective and stigmatize process, should be limited through the juridical goods protection mission and through the principle of the legality (formal and material). The goal is preventing, the most possible, the functions no declared, symbolic and promotional materialization. Finally, it is essential the rereading of the conviction and criminal juridical goods concept theories. The decriminalization movements don't mix with the alternative criminal politics processes to them correlated (non-penalization, diversification). The decriminalization can be substitutive (the ability is modified for other spheres of the law), factual (applied on the concrete case by several ways) and strict (it removes certain crime of the criminal scope). The decriminalization processes are fought by social factors (the Neoliberal State and law and order's movement), by the media's power and by political-criminal subjects. As decriminalization proposals it is assured the moral delict decriminalization, of the crimes without victim or without damage and in the situations that because of subsidiarity principle, the substitutive decriminalization would fit. Finally, the neo-criminalization is a modern society reality which cannot be ignored.

Key-words: Decriminalization. Enemy criminal law. Abolitionism. Minimalism. Criminal police. Guarantee theory. Legislative Expansion. Neo-criminalization.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEOS	13
2. 1 TEORIAS PUNITIVISTAS	14
2.1.1 Argumentos Autorizadores da Intervenção Estatal	15
2.1.2 Günther Jakobs e o Direito penal do Inimigo.....	20
2.1.3 Algumas Críticas às Teorias Punitivistas.....	25
2. 2 TEORIAS ABOLICIONISTAS.....	29
2.2.1 Argumentos Abolicionistas	32
2.2.2 Variantes Teóricas	35
2.2.3 Algumas Críticas às Teorias Abolicionistas.....	42
2. 3 TEORIAS MINIMALISTAS	46
2.3.1 Minimalismo Moderado	47
2.3.2 Minimalismo Penal de Alessandro Baratta	50
2.3.3 Eugenio Raúl Zaffaroni: Minimalismo ou Abolicionismo?	55
2. 4 TEORIAS GARANTISTAS	60
2.4.1 Fundamentos de um Sistema Punitivo Democrático.....	63
2.4.2 Os Princípios do Sistema Garantista: Direito Penal Mínimo x Direito Penal Máximo.....	67
2.4.3 Garantismo e Constitucionalização do Direito Penal.....	71
3 LIMITES À (DES)CRIMINALIZAÇÃO	78
3.1 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL	79
3.1.1 Missões do Direito Penal.....	82
3.1.2 Funções Simbólica e Promocional	89
3.1.3 Funções Não Declaradas	93
3.2 TEORIAS (RE)LEGITIMADORAS DA PENA	97
3.2.1 Teoria Absoluta: Função Retributiva	98
3.2.2 Teorias Relativas:Prevenção Geral e Especial	101
3.2.3 Teorias Unificadoras	107
3.2.4 Teorias Críticas	108
3.3 CRIMINALIZAÇÃO: (RE)VISITANDO GARANTIAS.....	113
3.3.1 Princípio da Legalidade Formal ou Mera Legalidade	115
3.3.2 Princípio da Legalidade Material ou Legalidade Estrita.....	123
3.4 BEM JURÍDICO PENAL: (AINDA) UM CONCEITO NECESSÁRIO	132
3.4.1 Evolução Histórica.....	132
3.4.2 Função e Delimitação do Conceito.....	137
3.4.3 Bem Jurídico e Constituição: Teorias Constitucionalistas	143
4 PROCESSOS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO	149
4.1 CONCEITOS BÁSICOS	152
4.1.1 Descriminalização	153
4.1.2 Despenalização.....	156
4.1.3 Diversificação: Conceitos Afins	160
4.2 PROCESSOS DESCRIMINALIZADORES	164
4.2.1 Descriminalização Formal, Substitutiva e de Fato.....	165
4.2.2 Descriminalização Legislativa	171

4.2.3 Descriminalização Judicial	172
4.3 OBSTÁCULOS À DESCRIMINALIZAÇÃO	180
4.3.1 Fatores Sociais Responsáveis pela Expansão Penal	182
4.3.2 Poder Midiático: Ideologia Repressiva	187
4.3.3 Fatores de Tipo Penal e de Política Criminal	195
4.4 PROPOSTAS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO	199
4.4.1 Ações Suficientemente Reprimidas por Outros Ramos do Direito	202
4.4.2 Fatos Situados Exclusivamente na Moral.....	211
4.4.3 Delitos sem Vítimas e Delitos sem Lesão	214
4.4.4 Neocriminalização	219
5 CONCLUSÃO	224
REFERÊNCIAS.....	233

1. INTRODUÇÃO

O desvelamento do discurso penal e a abordagem das reais conseqüências da atuação do poder punitivo despertaram um sentimento de perda (da legitimidade do sistema penal), abrindo-se espaço à construção de teorias alternativas, tendentes à abolição gradual da intervenção punitiva.

Por sua vez, a estruturação da sociedade moderna – política, econômica e midiática – produz um cenário de guerra, em que a violência, a criminalidade e o terrorismo são eleitos os *inimigos* do *sistema*, pendendo-se para a maximização do Direito Penal.

Os efeitos dessa contradição evidente são sentidos diretamente no fenômeno legiferante, operando-se o que se convencionou denominar de dialética criminalização/descriminalização.

O objetivo central deste trabalho consiste em realizar uma análise, ainda que sucinta, desses movimentos opostos. Tendo-se em conta a complexidade desse tema e, sobretudo, as dificuldades em se fundamentar a possibilidade de exclusão da intervenção penal – descriminalização – sem, contudo, olvidar-se da tendência oposta – neocriminalização – foram utilizados os critérios metodológicos a seguir descritos.

Inicialmente, optou-se pela divisão do trabalho em três capítulos.

O primeiro deles tem por objeto as teorias de política criminal contemporâneas, uma vez que os processos de (des)criminalização não são fruto exclusivo das ingerências sociais, fundam-se, na verdade, em uma sólida construção doutrinária, inicialmente dividida em movimentos punitivistas e não punitivistas.

As teorias punitivistas são observadas como fruto do direito penal do terror – movimento de lei e ordem – centrando-se a análise na inflação legislativa – sintoma da utilização meramente simbólica e promocional do Direito penal – e nas conseqüências da postura neoliberal do Estado de Direito. Mais especificamente, optou-se pelo exame da construção funcionalista e sistêmica de JAKOBS¹, fundante da doutrina do *direito penal do inimigo*.

¹ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

Esse movimento está intrinsecamente ligado à teoria da prevenção geral positiva – proteção da norma – e à concepção sistêmica do Direito, representando, na verdade, uma teoria repressiva e segregadora, que divide os cidadãos entre sujeitos e não sujeitos, importando na face repressora do Estado e na violação de garantias. Criticado por criar um modelo de Direito punitivo que serve a Estados totalitários, seu maior defensor aduz que o funcionalismo não está atado a qualquer modelo social determinado, sendo, ao contrário, neutro.

Dentre os movimentos não punitivistas, a análise do presente trabalho tem início com o abolicionismo para, posteriormente, sopesar as tendências minimalistas (BARATTA²/ZAFFARONI³). O referencial crítico e revelador das mencionadas teorias tem importância fundamental, operando a deslegitimação do Direito Penal.

A perspectiva abolicionista caracteriza-se por diversas correntes, podendo variar de uma vertente mais radical – pugna a eliminação de todo o sistema penal. Em sentido mais brando, há propostas abolicionistas de manutenção do sistema punitivo – abolicionismo moderado ou minimalismo radical – e de uma gradual minimização da intervenção punitiva e abolição da pena (sobretudo a privativa de liberdade).

Ato seguido, a teoria garantista (FERRAJOLI⁴) apresenta-se como uma terceira via, ou seja, apesar de (re)legitimar a intervenção penal, substitui o arbítrio estatal e o discurso repressor pela defesa das garantias penais e processuais penais, indispensáveis ao Estado de Direito, definindo o caminho para o Direito Penal mínimo através da previsão e eficácia das garantias referidas.

Abordadas as teorias político-criminais contemporâneas, e antes de se adentrar no processo de descriminalização propriamente dito, enfrenta-se, no segundo capítulo, a dificuldade de se definir critérios gerais e limitativos dos processos de criminalização: funções do direito penal, teorias da pena, garantias penais e bem jurídico-penal. Estabelecidos os pressupostos lógicos e necessários à criminalização é possível avaliar o papel e, sobretudo, os limites da descriminalização.

² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Em primeiro lugar, a íntima relação entre as missões do *direito* penal e as funções atribuídas à *pena* exigiu que as duas hipóteses doutrinárias fossem avaliadas separada e pormenorizadamente. Antes de tratar especificamente das missões do Direito penal, foi necessário prover a distinção terminológica entre função – o que o poder punitivo efetivamente realiza – e missão – o fim visado pela intervenção penal.

Resolvidas as eventuais divergências doutrinárias sobre o assunto, optou-se pela atribuição da *missão* de proteção de bens jurídicos como critério legitimador do poder punitivo. No que tange às funções do sistema penal, a contribuição da Criminologia Crítica foi salutar como instrumento revelador das funções reais, declaradas, simbólicas e promocionais do Direito Penal, favorecendo o suporte crítico e questionador do sistema.

As teorias legitimadoras da pena, por sua vez, foram observadas de acordo com uma filtragem ideológica, desmistificando-se os ideais da ressocialização e reeducação do delinqüente. Apresenta-se, como uma via alternativa, a teoria agnóstica, a qual tem o mérito de negar de antemão as funções (ditas) positivas da sanção penal.

Estabelecidas essas duas premissas – missão da política criminal e função da sanção penal – cumprindo-se efetuar uma (re)leitura garantista do sistema penal, passa-se à avaliação das garantias penais limitadoras do processo de criminalização, representadas genericamente pelo princípio da legalidade.

Com base no garantismo, o primado da legalidade foi dividido em suas duas facetas – legalidade *formal* ou *mera legalidade* (lei certa, escrita e prévia) – e legalidade *material* ou *legalidade estrita* (princípio da necessidade, o qual é composto pelas garantias da intervenção mínima, da lesividade e da culpabilidade).

Para combater a atual hipertrofia punitiva – expansão legislativa – a delimitação do bem jurídico-penal (ainda) se apresenta como uma tarefa indispensável. Por essas razões, o segundo capítulo encerra-se com a discussão a respeito da crise do conceito tradicional de bem jurídico, suas funções e justificações e, sobretudo, a relação entre o bem jurídico-penal e os ditames constitucionais.

Encerrados os dois primeiros capítulos – suportes teóricos dos movimentos de (des)criminalização – ingressa-se, finalmente, à terceira e última parte da dissertação que trata diretamente do tema proposto.

Antes de tratar especificamente das propostas de (des)criminalização foi necessário o cotejo das distinções entre os variados processos político-criminais contemporâneos – descriminalização, despenalização, diversificação – bem como, em um segundo momento, esclarecer-se especificamente as formas e manifestações do processo de descriminalização propriamente dito.

Resolvidas essas questões meramente conceituais, entretanto, fundamentais ao entendimento do processo descriminalizante propriamente dito, passou-se a observar os obstáculos a essa atuação político-criminal.

A descriminalização, na verdade, é um movimento diametralmente oposto à atual tendência legislativa e porque não dizer prático-jurídica que brada pelo recrudescimento da legislação penal, fomentando um discurso fundamentalmente repressor.

Nesse contexto, o modelo estatal neoliberal, bem como as conseqüências daí advindas, une-se ao poder midiático, disseminando o medo e a insegurança – relacionados à violência e à criminalidade – vende-se o Direito Penal como um remédio, a ser utilizado em altíssimas doses e sem qualquer prescrição legítima.

Finalmente, cumpre-se que sejam sopesadas as propostas de descriminalização – pela aplicação dos princípios da secularização do direito penal e da subsidiariedade, bem como nas hipóteses dos delitos sem vítima ou sem dano – e de neocriminalização – tendem a atender às exigências do Estado moderno – para que as políticas criminais sejam efetivamente e criticamente repensadas.

O presente trabalho, ancorado nas considerações da Criminologia Crítica, tem o condão de apreciar os movimentos de (des)criminalização furtando-se, o máximo possível, de qualquer alienação, ou seja, ciente de que o sistema penal contribui para as estruturas de poder em uma dada sociedade além de, efetivamente, promover a seleção de indivíduos – criminalização primária – e operar a sua estigmatização – criminalização secundária.

Com aporte no Direito Penal mínimo e na efetivação das garantias penais e processuais penais, é imperioso que o estudo das estruturas penais seja direcionado à concreção de limites ao poder punitivo – favorecendo a proteção da clientela do Direito Penal – garantindo-se uma humanização do direito repressor.

A constatação da desnecessidade da criminalização de certas condutas, que não merecem fazer parte do arcabouço de leis penais é uma das ferramentas do

direito penal mínimo, uma vez que concretiza os ditames garantistas: diminui o abismo entre as previsões de garantias e sua efetividade prática.

O processo de descriminalização, contudo, é apenas um dos ditames garantistas. A política criminal contemporânea deverá estar aliada ao aperfeiçoamento do Direito Penal Democrático, o qual ainda se encontra efetivamente distanciado do princípio da igualdade, seja em relação à eleição de condutas e o processo de criminalização, seja pela aplicação da lei penal, essencialmente adstrita a um processo de cunho inquisitório e uma execução penal estigmatizante, segregadora e desumana – amparada discursivamente pela falácia ressocializadora.

2. MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEOS

A política criminal é perpassada por variados movimentos, podendo-se afirmar que atualmente estas várias correntes de pensamento e crítica penal têm convivido conjuntamente.

Isto vem a significar que a dialética criminalização/descriminalização sofre a interferência direta dos movimentos de política criminal contemporâneos, que ora pendem para a minimização da intervenção penal ora tendem em direção ao seu extremo oposto (Direito penal máximo).

Para uma melhor apreensão desses processos (criminalização e descriminalização) e mesmo para contextualizá-los, cumpre considerar e criticar, ainda que sumariamente, duas importantes correntes dos pensamentos criminológicos e político-criminais atuais – os movimentos punitivistas e as vertentes não punitivistas (abolicionistas e minimalistas).

Não obstante, entre esses movimentos contrapostos, dever-se-á cotejar uma terceira via, representada pelo garantismo penal, uma perspectiva (re)legitimadora da intervenção penal e mantenedora das garantias penais e processuais penais.

No que tange aos movimentos punitivistas, optou-se pelo exame mais apurado da doutrina de JAKOBS⁵ – *direito penal do inimigo* – com o escopo de estabelecer os pontos principais da concepção teórica funcionalista e sistêmica do doutrinador alemão, bem como, perfunctoriamente, fornecer algumas críticas à doutrina.

Dentre as tendências não punitivistas, foi concedida preferência à análise das correntes abolicionistas e minimalistas. A política abolicionista será avaliada genericamente, sem impor-se destaque a uma ou outra corrente teórica individualmente. A abordagem do movimento minimalista será abalizada no minimalismo de BARATTA⁶ e na doutrina abolicionista/minimalista de ZAFFARONI⁷.

⁵ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Finalmente, como uma proposta de conciliação entre a (necessária) atuação penal estatal e a observância de garantias ao *cidadão* será apreciada a tese garantista de FERRAJOLI⁸.

2.1 TEORIAS PUNITIVISTAS

Os movimentos punitivistas estão diretamente relacionados às tendências neocriminalizadoras e expansionistas da moderna política criminal, haja vista importarem na defesa do Direito penal de *prima ratio* amparados na crença de que a tutela penal é (ainda) a ferramenta mais necessária e útil para a manutenção da paz e eficácia do controle social. Como consequência, pode-se afirmar que há, presentemente, uma intensa tendência ao uso do Direito penal máximo.

Esse Direito penal seria uma resposta às exigências da sociedade globalizada e supranacional, um meio de combate eficaz à macrocriminalidade. Essa intenção pugna, portanto, pelo incremento do poder punitivo – Direito penal máximo – fundado, basicamente, em dois ideais penalizadores: justificação da sanção penal com escopo retribucionista ou manutenção da pena com fulcro em uma finalidade prevencionista.

Nesse cenário, a política criminal passa a trabalhar com velocidades⁹, ou seja, a doutrina tem desenvolvido modelos de política criminal que variam de um direito penal de Intervenção¹⁰ (flexibilização de garantias justificadas pelo abrandamento das sanções penais), a um sistema penal de duas velocidades

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁹ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. In: CALLEGARI, André Luís. **Política Criminal. Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5-6. Segundo os esclarecimentos do autor, o Direito penal de primeira velocidade seria aquele que compreende os delitos clássicos, enquanto que os delitos representantes dos riscos da sociedade globalizada, pela flexibilização de garantias, representaria um direito de segunda velocidade. Finalmente, a terceira velocidade é caracterizada pela relativização das garantias político-criminais, regras de imputação e supressão de garantias processuais e de execução penal.

¹⁰ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez. n. 29, abr./jun. 2008. p. 16. Com base no princípio central da *proporcionalidade* da intervenções, o autor assevera que: “Eu denomino os instrumentos que podem responder – melhor que o Direito Penal – à pressão de solução dos problemas atuais e futuros (*supra* l.) com o conceito genérico de ‘Direito de Intervenção’.”

(garantista quando fundado na pena de prisão e menos garantista nas hipóteses de afastamento do aprisionamento).

Finalmente, pode-se destacar, haja vista os episódios recentes (atentado terrorista de 11 de setembro de 2001), o chamado Direito penal de terceira velocidade – “destinado a determinados delitos graves (criminalidade organizada, terrorismo (...)) sendo uma espécie de Direito de guerra, onde estaria inserto o (...) Direito Penal do inimigo”¹¹ – assinalado pela máxima intervenção e pela negação das garantias penais e processuais por intermédio de um discurso autoritário, fomentador de uma ausência completa de direitos aos *inimigos* do sistema.

2.1.1 Argumentos Autorizadores da Intervenção Estatal

A corrente retribucionista ampara-se na função meramente retributiva da pena, podendo-se destacar, como elemento diferenciador entre suas variadas vertentes, o argumento autorizador da atuação estatal.

Primeiramente, emprestando um caráter eminentemente totalitário às políticas criminais, o punitivismo retribucionista tem sido empregado com o condão de instrumentalizar, através da intervenção penal, a contenção dos *desviados*, funcionando como meio de opressão e dominação social.

Pode-se citar como exemplo dessa doutrina a política de *tolerância zero*¹² implantada pelo então prefeito de Nova Iorque, Rudolf Giuliani, balizada na *broken windows theory*, ou seja, amparada no raciocínio simplista de que, vista do lado de fora, uma residência com as janelas quebradas, além de causar a (má) impressão de desleixo, levaria os passantes a intencionar quebrar o restante das janelas.

Em cotejo com o discurso penal, a ideologia da repressão, balizada no incremento da criminalidade, passa a fundamentar a criminalização de pequenos delitos – inicial quebra da janela – com o fito de assim combater e evitar a grande e

¹¹ CALLEGARI, André Luís. MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. In. CALLEGARI, André Luís. **Política Criminal. Estado e Democracia**. p. 6.

¹² Sobre o assunto: MANRÍQUEZ, Alfredo Rene Uribe. Tolerancia cero: del olvido a las ventanas rotas. **Revista Brasileira de Estudos Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 63, p. 24, nov/dez. 2006.

violenta criminalidade. Essa tese, desenvolvida principalmente nos Estados Unidos, vem conquistando partidários no mundo todo...

Ao redor do referido movimento, orbitam as teses da lei e ordem¹³, fomentadoras de um discurso punitivista e maniqueísta, alicerçado na segregação social, voltado a um escopo comum: exterminar os anormais¹⁴, ou seja, os mendigos, os pobres, os marginalizados e os estrangeiros.

Haveria, na verdade, uma imbricada relação entre o movimento de política criminal e o modelo político e econômico estatal. Na verdade, as origens da política *Law and Order*, nos Estados Unidos, estariam relacionadas não somente com o aumento da criminalidade, apontando-se como uma de suas causas os intensos conflitos raciais originados com o fim da escravidão no país, além, obviamente, do abandono progressivo, a partir dos anos setenta, do Estado-Providência: abrem-se as portas para a marginalização.¹⁵

A alteração do modelo político e econômico dá início ao Estado Neoliberal, que expõe sua faceta numa equação que implica: “a) a supressão do Estado econômico; b) o enfraquecimento do Estado social; e c) o fortalecimento e glorificação do Estado penal”.¹⁶

O Estado (social) mínimo responde penalmente – “gradual passagem do *welfare* para o *workfare* demandava e alimentava a expansão do aparato penal”¹⁷ – substituindo suas funções básicas – educação, saúde, emprego – pela prisão,

¹³ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Constituição**: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 105. “Os defensores deste pensamento partem do pressuposto dicotômico de que a sociedade está dividida em bons e maus. A violência destes só poderá ser controlada através de leis severas, que imponham longas penas privativas de liberdade, quando não a morte. Estes seriam os únicos meios de controle efetivo da criminalidade crescente, a única forma de intimidação e neutralização de criminosos”.

¹⁴ MANRÍQUEZ, Alfredo René Uribe. **Tolerancia cero: del olvido a las ventanas rotas**. p. 21. “Desde nuestro punto de vista las clases económicamente bajas han venido a formar parte de los excluidos como los locos, y como nos expone Foucault, primero fueron los leprosos, después aquellos que contraían enfermedades venéreas, luego los locos y ahora podemos decir, las clases económicamente bajas, desde el punto de vista meramente de exclusión, podemos decir que la sociedad considerada ‘normal’, cuando vê uma sociedade o colônia como a las que hemos hecho mención agacha la cabeza y cambia de acera”.

¹⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. p. 110. A prisão, segundo o autor, passa a ser a solução para conter as populações marginalizadas, mormente as afro-americanas: “Na medida em que a rede de segurança do Estado caritativo se desfazia, a malha do Estado punitivo foi chamada a substituí-la e a lançar sua estrutura disciplinar nas regiões inferiores do espaço social estadunidense como forma de conter a desordem e o tumulto causados pela intensificação da insegurança e da marginalidade sociais”.

¹⁶ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. p. 18.

¹⁷ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. p. 110.

considerada exemplo de segurança (e intolerância!). Trata-se, na verdade, do nefasto uso da via penal para o incremento das desigualdades sociais, ou seja, o Direito Penal passa a ter uma *clientela* específica – as classes menos favorecidas.

O incremento da criminalidade nem sempre está associado à maximização da Política criminal. Fundadas em uma suposta diminuição da criminalidade, as teses defensivas da tolerância zero alcançam grande difusão ao redor do mundo.

Entretanto, referida política criminal resta convalescida quando se constata, conforme aduzem ZAFFARONI e BATISTA¹⁸, que

o espantoso aumento do número de encarcerados não correspondeu a nenhuma alteração relevante na incidência criminal, estabilizada nos anos noventa graças ao pleno emprego e a uma redução demográfica da população jovem, deixando em aberto o real objetivo desse encarceramento massivo.

Para FRANCO¹⁹, o movimento de lei e ordem é o fundamento político-ideológico do dispositivo constitucional responsável pela previsão e introdução da categoria crimes hediondos²⁰ no ordenamento jurídico brasileiro:

(...) o legislador constituinte, sob o impacto dos meios de comunicação de massa, dramatizou a realidade, esquecido de que a violência é cíclica e de que, enquanto o mundo for mundo, sempre haverá, a sacudi-lo, ondas maiores ou menores de violência. Assim, em nome do movimento da 'Lei e da Ordem', além de criar uma categoria nova de delitos (os crimes hediondos), equiparou-a a outras espécies criminosas (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo), eliminou garantia processual de alta valia (fiança), vedou causas extintivas da punibilidade expressivas (anistia e graça) e, afinal, atribuiu ao legislador ordinário a incumbência de formular tipos e cominar penas, numa luta contra o crime, sem descanso, mas fadada ao insucesso, por sei irracionalismo, passionalidade e unilateralidade.

Esse *empirismo de falsas premissas*²¹, no plano da *praxis* não atingiu o seu intento, não havendo, portanto relação com a redução (ou não) da criminalidade.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *et al.* **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 632.

¹⁹ FRANCO, Alberto da Silva. **Crimes Hediondos**. Notas sobre a Lei n. 8.072/90. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 34.

²⁰ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. **Art. 5º - XLIII** - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como **crimes hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

²¹ COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 3, n. 11, jul./set. 2003. p. 25.

Trata-se, na verdade, de uma desculpa discursiva para a segregação social e promoção da catalogação de sujeitos, implementando a *indústria carcerária*.

As teses retribucionistas clássicas advogavam, portanto, a retribuição enquanto castigo²² (crime/pecado²³) – exterminar o mal – visualizando a prevenção apenas reflexamente e em seu sentido negativo.

Balizada na crítica (econômica) do sistema penal, pode-se destacar uma corrente punitivista diametralmente oposta, atrelada à Criminologia Radical. Essa vertente aborda a negação da utilidade do Direito penal e, ao mesmo tempo, desvela o discurso punitivo enquanto instrumento mantenedor dos interesses das classes dominantes.

A Criminologia Radical²⁴ introduz um matiz marxista ao estudo do fenômeno da delinquência, apresentando a luta de classes como fator determinante de todo o modelo político-criminal. Opera através da distinção entre os objetivos do sistema penal: "objetivos ideológicos aparentes (repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização do criminoso) e os objetivos reais ocultos do sistema punitivo (reprodução das relações de produção e da massa criminalizada)", revelando uma diferente administração da criminalidade com base na separação entre a "criminalidade das classes dominantes e das classes dominadas".²⁵

Segundo BARATTA²⁶, o Direito Penal apresentaria uma tendência a "privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de

²² CONDE, Muñoz; HASSEMER; Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. Valencia (Espanha): Tirant lo Blanch, 1989. p. 37. "El delito se concibe como un 'mal', la criminalidad como una 'enfermedad infecciosa' y el delincuente como un ser 'dañino'."

²³ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reflexões sobre o Direito Penal no terceiro milênio. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Estudos criminais em homenagem ao professor Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 168. "Hoje, apesar de todas as recomendações, fundamentalmente, prevalece o brocardo – *punitur ut peccatum est*."

²⁴ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 152. Esclarece a autora que: "Marx deu, porém, as linhas gerais para elaborar uma criminologia marxista, (...) posto que o marxismo é também um método científico de aplicação universal, posto que é uma epistemologia, toda sua obra magistral se converte em um guia para a ação, e basta aplicá-la para fazer uma criminologia marxista". Segundo as lições da autora, os princípios diretivos do marxismo úteis para a construção da criminologia marxista são: relação de dependência entre o delito e o modo de produção capitalista e entre a lei penal e a superestrutura; a análise do Direito enquanto ideologia e não ciência; a aplicação do método histórico; a alienação do homem produzida pelo modo de produção capitalista; a análise do homem como produto das relações sociais; a relação estabelecida entre o delito e a mais-valia e; por fim, a avaliação da organização socialista e dos valores altruístas e comunitários. p. 152/157.

²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 88.

²⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à sociologia do direito penal. p. 165. Com base nessas constatações, o penalista observa a tendência do processo de descriminalização, ou seja, voltar-se para formas de desvio típicas das classes subalternas.

criminalização comportamentos socialmente danosos típicos de indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista (...)."

Essa superestrutura de poder gera como consequência um agigantamento da chamada cifra negra ou oculta da criminalidade relativa aos crimes afetos às classes hegemônicas. Em campo diametralmente oposto, faz-se referência à chamada *cifra dourada* representada pela criminalidade de "colarinho branco".

Amparada nessas premissas, a vertente marxista pugna o punitivismo das classes abastadas enquanto verdadeiro movimento de *Revolução*, por intermédio de propostas que atuariam no campo da criminalização, visando a eliminação das desigualdades do sistema penal: a Política de criminalização e penalização dos delitos impetrados pelas classes dominantes; e, em contrapartida, a descriminalização e despenalização da criminalidade das classes dominadas.

Trata-se de um punitivismo de duas vias: defende o abolicionismo penal para os pobres – minimização do sistema punitivo – e advoga o Direito penal máximo contra os poderosos, estruturado, sobretudo, na constatação de que o sistema penal serve apenas como organismo mantenedor de uma estrutura de dominação de classes em uma sociedade capitalista e, hodiernamente, globalizada.

As críticas fornecidas pela Criminologia Radical, no que tange à fundamentação tradicional do Direito penal (função de proteção de bens jurídicos e teorias legitimadoras da sanção penal) serão retomadas em momento oportuno (**segundo capítulo**).

Os neo-retribucionistas, por sua vez, crêem que a sanção penal tem uma tarefa a mais, qual seja, a manutenção da ordem e do sistema. Com essa premissa, o aumento da criminalidade ou a possível impunidade de algum delito representaria o fracasso do aparato estatal. Para combatê-lo, a resposta é o incremento do sistema (polícia, prisões, inflação legislativa), através do recrudescimento das penas e do incremento dos estabelecimentos prisionais e dos poderes das autoridades penitenciárias

Segundo essa corrente, a pena não possui qualquer função terapêutica e justificar-se-ia na opção racional (econômica) do autor do delito o qual, através de seu (livre) arbítrio, teria o condão de escolher entre ser criminoso ou não e, escolha feita, arcaria com as consequências.

Essa crença positiva na lei, vazia de qualquer conteúdo ético e balizada no movimento de lei e ordem, manifesta-se nos movimentos de criminalização que

redundam uma tendência à punição, à criminalização e à penalização, em descompasso com as conquistas liberais.

Dentre os movimentos punitivistas pode-se destacar as correntes legitimadoras da intervenção penal como mecanismo de reforço das funções estatais. Nesse aspecto, a criminalização de determinada conduta funcionaria como um dos instrumentos do Estado para o desempenho de funções fundamentais, como a saúde, a questão tributária, a preservação ambiental, dentre outros.²⁷

Os discursos punitivistas importam no fortalecimento exacerbado do poder estatal em prejuízo às conquistas democráticas do Estado de Direito.

2.1.2 Günther Jakobs e o Direito penal do Inimigo

Finalmente, o punitivismo prevencionista – prevenção geral positiva²⁸ – sob a liderança de Günther Jakobs desenvolve os contrapostos *direito penal do inimigo* e o *direito penal do cidadão*, através de uma abordagem funcionalista e sistêmica do Direito penal e alicerçado no escopo de estabilização da força integradora da norma.

Günther Jakobs elabora uma teoria penal que possui como um dos corolários mais relevantes o destacamento do inimigo do direito penal. Sua doutrina não está limitada a essa única construção teórica, pelo contrário, o autor parte da teoria do crime e da pena, no que tange, principalmente, à função preventiva da sanção, à imputação objetiva do resultado e à concepção normativa da tipicidade para então, chegar à fundamentação do direito penal do inimigo.

²⁷ Seria um direito penal *promocional*, podendo-se citar como exemplo, a criminalização das ações ambientais pela Lei n. 9.605/98, característico uso do Direito penal enquanto um complemento às funções (não desempenhadas) estatais.

²⁸ BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 70, jan.-fev. 2008. p. 24. O autor, preocupado, primeiramente, em distinguir o funcionalismo *teleológico* de Roxin do funcionalismo *sistêmico* proposto por Jakobs, demonstra a necessidade da análise do contexto histórico-cultural (crise da legitimação da intervenção penal haja vista as novas exigências do Estado não mais assistencial) do surgimento da teoria da prevenção geral positiva com Durkheim, no século XIX. Além da contextualização da teoria, importante que se ressalte sua base teórica. Nos ensinamentos de Fábio da Silva Bozza, JAKOBS: “se propõe a uma nova concepção da prevenção geral, inicialmente, a partir da teoria sociológica do sistema social de Luhmann. Para Jakobs, o direito penal é “um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da ação e a institucionalização das expectativas pela via da restauração”.

Jakobs, amparado no funcionalismo sistêmico e influenciado, sobretudo, por Niklas Luhmann²⁹ – transfere a teoria sistêmica para o Direito penal. Essa transmutação ocorre da seguinte forma: altera-se a ótica penal do indivíduo para o sistema, de modo a fundamentar a pena na busca da afirmação da norma – estabilização normativa – vendo o delito enquanto uma violação disfuncional ao sistema.

De acordo com MELLÍ³⁰, a formulação teórica do Direito Penal do inimigo é caracterizada por três elementos básicos:

em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Ao colocar a norma como o centro de interesse, inverte-se a teoria do bem jurídico, ou seja, a pena – meio de interação simbólica – é concebida não como proteção de bens, passando a desempenhar a função de afirmação de validade da norma³¹. Pela teoria sistêmica do autor, independentemente do bem jurídico violado pela conduta incriminada, a transgressão da norma em si justifica a reação penal, pois a pena tem o sentido de reforçar a validade da lei infringida e, conseqüentemente, reafirmar a confiança no sistema.³²

²⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

³⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 67.

³¹ APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de um derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 51, nov./dez. 2004. p. 11. “Polémica es sobre todo su visión funcionalista del derecho penal y la legitimación del mismo a partir de nuevas funciones de la pena, como es la búsqueda de afirmación de la estructura social vigente, o la **afirmação de la validez contrafática de la norma abstrata, más allá de la defensa de cualquier bien jurídico**; mas aún, lo es, su filosofía de la fidelidade ciudadano al derecho”. (grifei)

³² BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 62, nov/dez. 2006. p. 120. A respeito da *teoria da vigência da norma* de Jakobs o autor leciona que referida teoria está baseada em dois conceitos: “o da expectativa normativa e o do alicerçamento cognitivo desta expectativa. Isto significa que a vigência da norma só existe onde também há confiança em sua vigência, e a confiança na vigência da norma, apenas onde a expectativa de que a norma vige não é sistematicamente frustrada. Esta interdependência não deve ser negada”.

Günther Jakobs³³, pondera a respeito da função de reafirmação normativa: “a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato (...) significa a desautorização da norma, uma ataque à sua vigência, e a pena (...) significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente”.

Segundo essa concepção, cumpre ao Estado, através da sanção, manter o padrão de confiança e as expectativas do cidadão em relação à norma. Partindo de uma noção marcadamente contratualista, o doutrinador alemão defende que aquele que viola a norma está, por conseguinte, desobedecendo ao contrato social e, a partir desse momento, autorizaria o Estado a excluí-lo da relação social – *inimigo* – tornando-se, a partir de então, um não cidadão.

“O modelo de Jakobs combina altas exigências para a aquisição e posse do *status* de pessoa com a consequência de que aqueles que não conseguem cumprir tais exigências restam quase completamente sem direitos.”³⁴

Não ocorre, no entanto, a errônea compreensão de que o autor tenha adaptado a teoria sistêmica ao direito penal. Conforme adverte BOZZA³⁵, em suma, o que Jakobs utiliza da teoria dos sistemas de Luhmann seria o seguinte:

Parte-se de reconhecer a sociedade como um sistema que não depende de indivíduos (esses são mero ambiente da sociedade). Por essa razão, as alterações que o indivíduo realiza aparecem no sistema, que gera novas expectativas para seus membros, que aceitam ou rejeitam as expectativas produzidas. Essa decisão não é realizada de forma individual, mas sim como um sistema social independente de seres humanos.

A premissa luhmanniana³⁶ pode ser verificada na transferência das expectativas sociais para o Direito penal, ou seja, as interações humanas criam

³³ JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. p. 22. “Sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade”.

³⁴ NEUMANN, Ulfried. Direito penal no inimigo. Trad. Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 69, nov/dez. 2007. p. 171/172. Assevera o autor que, para Jakobs pessoa não é o indivíduo e sim o ser humano em suas relações sociais. Com base neste pressuposto, para se reconhecer a um ser humano o *status* de pessoa é necessário não o “comprometimento normativo do indivíduo através de deveres, mas o **próprio cumprimento desses deveres**. (...); o *status* pessoa **precisa ser merecido através de um bom comportamento**”. (grifei)

³⁵ BOZZA, Fábio da Silva. **Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo de Günther Jakobs**.

³⁶ Jakobs apropria-se da construção de Luhmann a respeito das expectativas normativas: “As expectativas comportamentais normativas têm que se imunizadas contra um certo grau de contradições ao nível fático, e têm que poder ser vinculáveis a justificativas cognitivamente plausíveis para desapontamentos. (...) Com isso elas também tornam desnecessária a concretização consciente da expectativa sobre a expectativa de outros, a participação em seu experimentar, e possibilitam um

expectativas entre seus agentes – indivíduos – as quais são normatizadas para que então sejam estabilizadas. A teoria funcional de Luhmann parte da relação sociedade-direito, destacando o papel desempenhado pela *norma jurídica*, enquanto ferramenta de comunicação.

Conforme assevera TAVARES³⁷: “o sistema jurídico, como um subsistema social, utiliza a operatividade da comunicação, de modo a não fazer algo, senão constituir suas normas como meios de comunicação dotadas de sentido.”

Dessa forma, a intimidação não se dá pela ameaça de insatisfação provocada pela pena, pelo contrário, a observância das leis é que tem o condão de definir as pessoas: o cidadão é aquele que adequa o seu comportamento à norma e o inimigo é seu transgressor.

A partir dessa construção, abre-se o caminho para a formulação do Direito Penal do inimigo, uma concepção segundo a qual quem viola o ordenamento jurídico-penal não tem mais direito às garantias liberais no que tange às ingerências penais estatais.

O sujeito infrator nega a norma e, como tal, abandona o Estado liberal. “A existência de um direito penal de inimigos, portanto, não é sinal de força do Estado de liberdades, e sim um sinal de que dessa forma simplesmente não existe.”³⁸

Balizado em um direito subjetivo de segurança dos cidadãos, JAKOBS³⁹ defende que a atuação interventiva penal serve ao *combate de perigos*. Aquele que “não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo como pessoa, (...) do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”.

Pergunta-se: quem são esses inimigos? “É inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”, podendo-se citar, como exemplo, os terroristas⁴⁰.

Cabe afirmar que a doutrina preconizada por Günther Jakobs realiza uma “verdadeira incursão à história da filosofia política iluminista, de *Hobbes* até *Kant*,

procedimento abreviado se sentido a sentido, baseado na suposição de que a experiência do outro poder-a vir a seguir”. LUHMANN, Nicklas. *Sociologia do Direito I*. p. 94, 95.

³⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 69.

³⁸ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal do inimigo**. p. 143.

³⁹ JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42.

⁴⁰ O autor utiliza como exemplo o ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos e o relacionada ao chamado “autor por tendência”. JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. p. 36.

apresenta diversas fundamentações para um tratamento diferenciado para cidadãos e inimigos, e em seguida formula a sua própria explicação”.⁴¹

Resumidamente, pode-se destacar os seguintes fundamentos jusfilosóficos: visão contratualista do enlace social, baseada na autonomia da vontade e na união da vontade geral (Rosseau); quem abandona o contrato perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, passando a um estado de ausência completa de direitos (Fichte); a violação da norma representa um retorno ao estado de natureza e, enquanto tal, seu transgressor merece ser tratado como inimigo/traidor (Hobbes); e, finalmente, quem não aceita o “estado comunitário legal” deverá ser expelido, não podendo ser tratado como pessoa e sim como um inimigo (Kant).

Por conseguinte, ao inimigo são negadas ou flexibilizadas as garantias penais e processuais penais⁴², ao não-cidadão é recusada a qualidade de sujeito. coisificando-o enquanto objeto de coação. Com base no critério da periculosidade, substitui-se a pena e a culpabilidade pela medida de segurança detentiva (prevenção de delitos futuros⁴³), justificando-se a antecipação da proteção penal.

Coexistem dessa feita, dois direitos: o do cidadão – aquele que, mesmo após delinquir oferece garantias de que, apesar da violação continuará mantendo-se fiel à norma e, como tal, merece o respeito das garantias penais e processuais penais –; e o inimigo – avaliado enquanto fonte de perigo e penalizado pelo que é, e não pelo que fez – direito penal de autor.⁴⁴

⁴¹ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 56, set.-out. 2005. p. 84.

⁴² FABRES DE CARVALHO, Thiago. O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 25, jan./mar. 2007. p. 86. “Consequência desta constatação é a tentativa de engendrar um ‘modelo ideal’ de exceção que, contrastando com o tipo ideal de garantias, o que denomina de ‘Direito Penal do Cidadão, estabeleça uma nova pauta normativa para o tratamento punitivo do ‘indivíduo perigoso’, do ‘inimigo’. Assim, busca estabelecer um divisor de águas entre o paradigma regular e inflexível (de garantias) e o paradigma da exceção, reconhecendo, corretamente, que enquanto ‘tipos ideais’ não são nem puros, pois algumas características de um muitas vezes invadem a do outro, nem realizáveis na sua plenitude”.

⁴³ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal do inimigo**. p. 133-134. Sobre os bens jurídicos antecipados Jakobs assevera que: “É aceito o enunciado de que a vigência da norma não depende somente dos autores potenciais, e sim também do que esperam os afetados; resulta evidente que a vigência da norma pode ser prejudicada não só pela violação da norma, entendida em seu sentido habitual, como também por qualquer detrimento da confiança dos afetados, qualquer que seja a via pela qual isso ocorra”.

⁴⁴ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal de Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 47, mar.-abr. 2004. p. 42/43. “(...) é preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividindo o direito penal hoje em vigor num direito penal parcial ‘do cidadão’ e um ‘direito parcial do inimigo’.”

2.1.3 Algumas Críticas às Teorias Punitivistas

Iniciando com a teoria do Direito Penal do inimigo, pode-se objetar, primeiramente que, quando avaliada em conformidade com a realidade brasileira, é necessário que se considere as particularidades locais, posto que referida fundamentação teórica visa possíveis soluções para uma específica situação européia (podendo-se acrescentar pela similaridade a norte-americana) – os *inimigos* da Europa e dos EUA⁴⁵ – sobretudo os terroristas – que em muito se diferem dos *inimigos* da América Latina.

Necessário que se tenha um extremo cuidado para não encobrir a construção de um inimigo. Na América Latina, onde a grande parte de sua população (sobre)vive de maneiras sub-humanas, os efeitos perversos que esse modelo de reação realizaria são imensuráveis, sobretudo na massa de excluídos.

APONTE⁴⁶, fazendo alusão ao direito penal do inimigo como uma máquina de produção da seletividade, adverte que:

Para los latinoamericanos, la herencia liberal de un derecho penal democrático e ilustrado, desarrollado en Europa, constituye un recurso permanente frente al paso agigantado de un pragmatismo eficientista y autoritario, algunas veces ligado a ciertos regímenes de herencia anglosajona, pero que hoy son cosecha también en la tradición continental.

ZAFFARONI⁴⁷, por sua vez, assevera que negar ao inimigo a condição de pessoa e admitir que alguns sujeitos porque *perigosos* sejam segregados ou eliminados é uma proposição impossível de ser admitida no Estado constitucional de direito: “uma sociedade que aspire à segurança com relação à conduta posterior de cada um de nós como valor prioritário, projetada para o futuro (...) aspiraria a converter-se numa sociedade *robotizada* e, por consequência, *despersonalizada*”.

⁴⁵ GRECO, Luís. **Sobre o chamado direito penal do inimigo**. p. 110. “Pense-se no enjaulamento de prisioneiros de guerra pelos EUA em Guantánamo; na guerra agressiva movida contra o Iraque, violadora de todos os pressupostos de direito internacional; na pena de morte, ainda existente em muitos países (...); na tortura de presos e se suspeitos pela polícia até mesmo em países de primeiro mundo, como a Alemanha.”

⁴⁶ APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora RT. n. 64, jan.-fev. 2007. p. 26; 14.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 18/21.

A maior objeção ao tratamento diferenciado dado ao inimigo – negação do *status* de pessoa e, por conseguinte de sujeito de direitos – poderá ser encontrada na Constituição da República, que encontra como elemento fundante e, porque não dizer primado interpretativo, o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸ (ser humano).

Para NEUMANN⁴⁹: “fundamental é que se reconheça a todo ser humano, independentemente de seu comportamento social, um *status* normativo relevante que proíbe ao Estado tratá-lo segundo critérios meramente de oportunidade”.

Além da despersonalização do sujeito, a doutrina de Jakobs teria o condão de violar de forma latente o primado da responsabilidade penal de fato, herança liberal de combate à responsabilização objetiva.

MELIÁ⁵⁰, utilizando como exemplo o Direito Penal espanhol, no que tange ao tratamento ao terrorismo, leciona que não seria um exagero falar que através de um Direito: “penal de autor: mediante sucessivas ampliações se tem alcançado um ponto no qual ‘estar aí’ de algum modo, ‘fazer parte’ de alguma maneira, ‘ser um deles’, ainda que seja só em espírito é suficiente”.

Preocupa, dessa forma, não obstante a sua idealização balizada no combate ao terrorismo, o desvio da concepção funcionalista com o escopo de abarcar dentre os inimigos, outros grupos sociais que não os terroristas, como os inimputáveis, os delinquentes habituais e mesmo os membros de organizações criminosas.⁵¹

Cumprasse, derradeiramente, que referido discurso – controle e segurança social através da reafirmação contrafática da norma – desvincula a finalidade do Direito penal enquanto mecanismo protetor de bens jurídicos fundamentais.

Nesse diapasão, uma das críticas mais recorrentes à doutrina é que esta concepção violaria os direitos humanos. Na lição de ZAFFARONI⁵², a respeito dos

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. O autor afirma o caráter normativo e vinculante da dignidade da pessoa humana.

⁴⁹ NEUMANN, Ulfried. **Direito penal no inimigo**. p. 175.

⁵⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. p. 81.

⁵¹ FABRES DE CARVALHO, Thiago. **O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro**. p. 87. “Os circuitos da violência e do campo penal no Brasil reproduzem sistematicamente os fenômenos políticos da exclusão (invisibilidade) e da vitimação (humilhação social) de amplos segmentos populacionais, na medida em que o sistema penal expõe diversos grupos sociais à desonra e ao desrespeito cultural, todos eles ligados pela experiência invencível da exposição ao sofrimento da dominação”.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 16/17.

atuais problemas políticos da sociedade globalizada, pode-se citar como exemplo os *crimes de destruição maciça e indiscriminada ocorridos em 11 de setembro de 2001 e em 11 de maio de 2004*, os quais deixam clara a sensação de minimização da política e da negociação onde, delineiam-se assim duas vertentes de pensamento, “com seu natural impacto no mundo político: a *dos direitos humanos e da negociação*, por um lado e, por outro, a da *solução violenta que arrasa com os direitos humanos e, mais cedo ou mais tarde, acaba no genocídio*.”

Haveria na sociedade atual um verdadeiro déficit de pacificação social, incrementado pela doutrina expansionista e pelo avanço do Estado de polícia. Ademais, a divisão entre cidadãos e não cidadãos é anti-democrática e atua na contramão da contenção do poder punitivo.

Em um Estado Democrático de Direito não é possível que se admita a adoção de referida distinção e, por conseguinte, a flexibilização das garantias⁵³ penais e processuais penais para os chamados inimigos do sistema. A concepção de Jakobs teria duas conseqüências salutares: incrementar o totalitarismo estatal e, em contrapartida, impor a todos os cidadãos um clima de terrorismo penal.

O penalista alemão defende um *estado de guerra* hobbesiano, onde se procederia *pré-juridicamente* sustentando, em contrapartida, a violação dos direitos humanos – para a detenção do inimigo – e imposição de Poder do Estado.

Conforme assevera o ZAFFARONI⁵⁴, a respeito do direito penal do inimigo: “a introdução do *inimigo* no direito ordinário (não propriamente bélico ou de guerra) de um Estado de direito destrói, porque *obscurece os limites do direito penal invocando a guerra, e os do direito humanitário invocando a criminalidade*”.

“Toda esta nova tendência da política criminal encontrou eco na legislação penal brasileira, muito próxima aos movimentos de lei e ordem. Onde se verifica que a solução encontrada foi a de criminalização e recrudescimento no sistema penal”.⁵⁵

Esboçadas, ainda que sumariamente, algumas considerações críticas ao funcionalismo sistêmico de Jakobs, é possível apresentar algumas objeções aos demais movimentos punitivistas, ainda que de uma forma genérica.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. p. 173. “O direito penal de garantias é *inerente ao Estado de direito* porque as garantias processuais penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem essência da cápsula que encerra o Estado de polícia, ou seja, *são o próprio Estado de direito*.”

⁵⁴ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 171.

⁵⁵ CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. **Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social**. p. 6.

As vertentes punitivistas prevencionistas são responsáveis pela hemorragia legislativa dos últimos tempos. Dentre essas tendências, pode-se destacar a freqüente utilização do Direito penal para a proteção – meramente promocional – de bens jurídicos específicos – defesa de interesses exclusivos de determinados setores da sociedade.⁵⁶

Essa criação de tipos penais em demasia deturpa o conceito de bem jurídico-penal, um dos critérios limitadores da intervenção penal. O conceito vago *bem jurídico* é facilmente manipulado, como observado através das lições de CARVALHO⁵⁷:

(...) o direito penal é quem fornece a si mesmo os critérios de validade da intervenção, pois elege arbitrariamente os bens a serem tutelados. O efeito, portanto, é a maximização da intervenção, com a elevação do grau de violência e de seletividade denunciados pela criminologia crítica. No atual quadro de invenção de novos bens jurídico-penais, novo discurso legitima o controle punitivo: o direito penal do risco. À retórica fundada na idéia de risco incontrolável e catastrófico alia-se a ansiedade de poder antecipar e obstaculizar através do direito (penal de prevenção) os eventos trágicos inerentes às características da sociedade contemporânea.

Esse Direito penal de risco⁵⁸ antecipa-se à própria valoração feita pela sociedade, ou seja, “o comportamento que vai ser tipificado não se considera como socialmente inadequado, ao contrário, se criminaliza para que seja considerado socialmente desvalorado”.⁵⁹

Esses movimentos punitivistas têm alvos específicos, como a criminalidade organizada (narcotráfico, terrorismo), os crimes cometidos por empresas e as corrupções político-administrativas. No afã do eficientismo⁶⁰ neoliberal, sacrificam-se

⁵⁶ Trata-se do uso exacerbado do Direito penal, exatamente nas situações em que a tutela civil ou administrativa seria suficiente para a solução dos conflitos envolvidos. Essa maximização do poder punitiva é uma bandeira de associações de proteção de determinados interesses – ecologia, consumidores, direitos da mulher – que clamam por uma legislação penal para seus problemas. Cite-se, como exemplo, a recente Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340/06 – contra a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

⁵⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p. 91/92.

⁵⁸ Sobre o Direito penal de Risco: PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal de Risco e Direito Penal do Inimigo**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 47, mar.-abr. 2004.

⁵⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Affen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 46, jan.-fev. 2004. p. 83.

⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre: Notadez, a. 1, n. 04. out./dez. 2001. p. 29. “É de Friedrich August von Hayek, seguido pelos teóricos da Escola de Chicago, capitaneados por Friedman, e da chamada Public Choice, de Virginia, sob o comando de Buchanan, assim como tantos outros, a idéia de substituir a noção epistemológica de causa/efeito pela de ação eficiente. O câmbio,

as garantias, argumentando-se que estas representam um entrave ao Estado no combate à macro-criminalidade.

O bem jurídico-penal torna-se difuso – supra-individual – e, dessa forma, abrem-se as portas para as neocriminalizações – criminalizam-se condutas anteriormente atípicas, incrementam-se as penalizações – através de uma legislação defensiva e meramente simbólica.

Os princípios de garantias são usualmente vilipendiados: a legalidade perde a taxatividade, a culpabilidade passa a abranger a responsabilidade objetiva (responsabilização das pessoas jurídicas), olvida-se da proporcionalidade entre a gravidade dos delitos e das penas e, finalmente, a antecipação penal deturpa a ofensividade através da proliferação de crimes de perigo abstrato ou presumido.

Avaliados ainda que sumariamente os movimentos punitivistas (retribucionistas e prevencionistas), pode-se apontar como liame entre todas essas vertentes, dois escopos claros: objetivam a intensificação do Direito Penal, especialmente pela defesa da prisão (como única resposta adequada à criminalidade) e advogam a relativização das garantias em prol desse intento.

Essas tendências punitivistas são as responsáveis pelo Direito penal atual (máximo), fundado em um prevencionismo exacerbado, destaca-se pela hipertrofia legislativa, pelo desempenho de funções ilegítimas (simbólica⁶¹ e promocional) e pela usurpação de garantias (descodificação, desformalização, instrumentalização).

2.2 TEORIAS ABOLICIONISTAS

Ancorados na crítica ao sistema penal e em argumentos contrapostos à criminologia tradicional (sobretudo o paradigma etiológico da criminologia positiva),

aqui, não é mero jogo retórico. Paulatinamente incorporado ao cotidiano, projeta-se como um raio no fundamento ético da sociedade”.

⁶¹ MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. p. 59. “Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a ‘impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido’, isto é, que predomina uma função latente sobre uma manifesta”.

os movimentos deslegitimadores do sistema penal podem ser divididos em dois grandes grupos: os abolicionistas e os minimalistas⁶².

A diferença entre ambos⁶³ reside nos efeitos de suas propostas. O abolicionismo assevera a supressão do sistema, confiando o tratamento do delito e suas conseqüências a outras instâncias de controle social (informal). Os minimalistas, por sua vez, dividem-se em duas propostas: a gradativa (e completa) redução do sistema penal ou sua (re)letigimação através de um aparato garantista.

O presente exame procura demonstrar, ainda que sumariamente, as origens e principais características do movimento *abolicionista* penal⁶⁴. ZAFFARONI leciona que existem variados tipos de abolicionismo – inclusive o anárquico – no entanto, o “abolicionismo aqui referido não é o *abolicionismo radical do sistema penal*, ou seja, *sua radical substituição por outras instâncias de solução dos conflitos* que surge nas duas últimas décadas como resultado da crítica sociológica ao sistema penal.”⁶⁵

Não se pode deixar de salientar que, em grande parte, o movimento abolicionista segue uma raiz marxista, ou seja, advém da constatação de que o Direito Penal seria nada mais que um mecanismo extremamente eficaz de opressão, e que cumpriria a função de dominação dos interesses das elites através da operacionalização da estigmatização e exclusão social.

⁶² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e Abolicionismos: A Crise do Direito Penal entre a Deslegitimação e a Expansão. **Revista da ESMESC** (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina). v. 13. n. 19. Florianópolis: ESMESC, 2006. p. 463. A autora adverte que: “É que ‘o’ abolicionismo e ‘o’ minimalismo, no singular não existem. Existem diferentes abolicionismos (sentido lato e estrito: nota de rodapé) e minimalismos, e a primeira tarefa é tentar compreendê-los”.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 231. “Considero *abolicionistas* somente aquelas doutrinas axiológicas que acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capa de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal a sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social. Ao contrário, não são abolicionistas, e sim, mais profundamente *substitutivas* aquelas doutrinas criminológicas que, embora intencionalmente libertadoras e humanitárias, na prática convergem para o correccionalismo positivista, o qual, sob o programa da ‘abolição da pena’, propõe, na verdade, a substituição da forma penal de reação punitiva com ‘tratamentos’ pedagógicos ou terapêuticos de tipo informal, ou permanecem contudo, sempre institucionalizados e coercitivos e não meramente sociais”.

⁶⁴ No início dos anos oitenta (1982) o professor da Universidade de Rotterdam LOUK HULSMAN em co-autoria com a professora JACQUELINE BERNAT DE CELIS, tráz ao conhecimento do universo acadêmico penalista a obra denominada *Penas Perdidas – o sistema penal em questão*. Ao final dos mesmos anos oitenta (1989) o professor da Universidade de Buenos Aires EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, denominada **Em busca das penas perdidas – a perda de legitimidade do sistema penal**. Obra esta dedicada ao professor LOUK HULSMAN, em reconhecimento e gratidão pelo enriquecimento intelectual auferido quando da leitura de sua obra abolicionista.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. p. 97.

Dentre as correntes abolicionistas, cumpre destacar sua vertente mais radical – pugna a eliminação de todo o sistema penal (judiciário, Ministério Público, polícia) e de qualquer controle formal (outros ramos do Direito) – fundamentada na concepção de que o controle estatal produz mais efeitos negativos que positivos. Em sentido mais brando, há propostas abolicionistas de manutenção do sistema penal e uma gradual minimização da intervenção penal e abolição da pena (privativa de liberdade, principalmente).

Procura-se traçar, portanto, algumas premissas para se chegar ao abolicionismo penal e, por conseguinte, à análise de suas variantes.

O Iluminismo representa um marco teórico ao Direito penal, sobretudo haja vista os postulados humanistas desenvolvidos pela Escola Clássica⁶⁶, em contraposição às penas cruéis e às barbáries da Inquisição. A visão antropocêntrica do mundo – fruto, sobretudo, do *renascimento* – vem eclodir na Revolução Francesa de 1789, e, conseqüentemente na edição da *Declaração Francesa dos Direitos do Homem*.

A partir do século XIX, o sistema penal passa a orbitar ao redor de quatro vetores fundamentais: o princípio da legalidade, a fundamentação racional da pena (responsabilidade subjetiva e proporcionalidade com o delito), distinção entre direito e moral (crime x pecado) e, finalmente, preponderância da pena privativa de liberdade, em substituição à pena capital, ao banimento e demais penas cruéis.

Ocorre que, com o desenvolvimento do Estado Moderno, sobretudo os acontecimentos ocorridos no século XX (guerras mundiais, ditaduras e terrorismo), bem como a estruturação da sociedade globalizada e pós-industrial, o sistema penal humanitário vem sofrendo constantes mutações, dentre as quais a sua desumanização, justificativa efetiva para a sua abolição.

O controle punitivo institucionalizado – sistema penal – passa a ser visto como um mecanismo ilegítimo, uma vez que atua seletivamente – *clientela do direito penal* – através da opção pela criminalização de estratos sociais determinados.

⁶⁶ Podem ser citados como maiores expoentes desse período: BECCARIA, HOWARD e BENTHAM. A partir de BECCARIA, com sua obra fundamental *Dos Delitos e das Penas* (1764), objetivou-se humanizar o direito penal, visando desenvolver o postulado da finalidade da pena, com base na proporção entre delitos e penas, para uma divisão dos delitos, para as formas de julgamento, para uma revisão da prisão, para a pena de morte, para a interpretação e obscuridade das leis, etc. JOHN HOWARD manifestou especial preocupação com as questões penitenciárias, no sentido de proporcionar o cumprimento de uma pena de prisão em estabelecimentos condizentes. JEREMIAS BENTHAM visou a idéia de *utilidade* da pena.

O sistema penal, ideologicamente fundado, segundo a dialética marxista, cotejaria o controle social através do predomínio de uma classe que se utiliza do Estado e da exploração e dominação de uma classe ‘inferior’ para a realização dos seus objetivos: *luta de classes*.

2.2.1 Argumentos Abolicionistas

O abolicionismo – “discurso estratégico composto de forças liberadoras e libertadoras das práticas punitivas modernas”⁶⁷ – questiona a *utópica* legitimidade da intervenção penal.

Para essa corrente, o próprio sistema é contraditório, pois apregoa a racionalidade – enquanto manifestação positiva e legal – quando, na verdade, ele próprio não opera em conformidade com aquele planejamento proposto.

A prática discursiva, através do uso de expressões que vinculam os sujeitos à lei imprime, concede uma falsa legitimidade e, ao mesmo tempo, conduz o exercício de poder por parte do sistema penal. Ademais, a retórica do discurso serve a um sistema que mantém o abismo entre o ‘dever ser’ e o ‘ser’, despreocupada e divorciada de sua factibilidade social.⁶⁸

O discurso jurídico-penal que não satisfaz estes dois níveis é socialmente falso, porque se desvirtua como planificação (deve ser) de um “ser que ainda não é para converter-se em um ser que nunca será, (ou seja, que) engana, ilude ou alucina.”⁶⁹

O abolicionismo penal, neste contexto, é muito mais que um discurso deslegitimador do direito penal e da prisão, é uma prática de liberdade, ou seja, o “abolicionismo penal é um percurso no qual pessoas atuam lado a lado compondo

⁶⁷ PASSETI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In. PASSETI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.p. 16.

⁶⁸ CURI, Ivan Guérios. Do real imaginário ao real concreto. In. CURI, Ivan Guérios (Coord.). **Estudos de Teoria Geral do Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 14. “A sociedade, enquanto *existir humano em relação*, é a realidade sobre a qual se forma os conceitos. Portanto, há que se romper com o tabu epistemológico de que o direito está no dever-ser. Os juristas pertencem ao mundo do ser, e é nele que reside a sua história, como de resto, a de todos os homens”.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. p. 21.

um fluxo que vai dos envolvidos na situação-problema aos intelectuais nas universidades, construindo uma nova linguagem”.⁷⁰

A busca da legitimidade do sistema penal encontra guarida na legalidade formal – exigência de limites mínimos de atuação do poder punitivo – e alia-se à legalidade processual.

O aspecto formal determinado pela lei serve apenas como justificação ao exercício real do poder dos órgãos executórios do sistema penal: o abismo entre as pautas legislativas garantistas e o desempenho efetivo dos órgãos de atuação.

Nesse contexto, a legalidade formal (**segundo capítulo**) serviria como instrumento legitimador do sistema penal. Contudo, materialmente, é manifesto o vazio, não obstante, diante de um Estado Democrático de Direito, a legalidade formal apresentar-se como a pilastra principal e fundamental de sustentação do sistema penal.

Nesse diapasão, ZAFFARONI⁷¹ aporta a crítica à expansão legislativa: “inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador”.

Além de criticar a hemorrhagia legislativa e a falsa legitimidade que o aparelho penal alcança através da legalidade formal, os abolicionistas apontam outras falhas da intervenção penal, as quais seriam suficientes para fundamentar a sua abolição.

A primeira crítica ao sistema, que será avaliada pormenorizadamente quando for tratado das teorias (des)legitimadoras da sanção penal (**segundo capítulo**), denuncia a falência da pena enquanto mecanismo de prevenção de delitos, em seus dois aspectos, geral e especial.

Haveria, portanto, apenas um aporte discursivo incapaz de motivar o criminoso e os demais cidadãos a não delinquir. Segundo essa concepção crítica, desvela-se os (reais) objetivos da sanção, ou seja, seu elemento *disciplinador*, difundido através da panacéia discursiva da reeducação e ressocialização do delinqüente.

⁷⁰ PASSETI, Edson. **A atualidade do abolicionismo penal**. p. 27.

⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal.. p. 27. “(...) compramos a suposta segurança que o sistema penal nos vende, que é a empresa de mais notória insolvência estrutural em nossa civilização”.

Coteja-se, dessa forma, que a penalização é arbitrária e seletiva, particularmente a pena privativa de liberdade – prisão – “reduzida que está a espaço de neutralização e de extermínio indireto”⁷². Ora, o sistema penal vigente está nu, “confinando o infrator num ambiente antinatural (artificial), que é a prisão, ao revés de ressocializar, dessocializa, ao revés de educar, deseduca, ao revés de humanizar, desumaniza, perverte, estigmatiza, etc. É, em si, um fato crimínogeno”.⁷³

O discurso criminológico velado encobre, ideologicamente, o escopo do sistema penal – selecionar determinados indivíduos (*clientela penal*) – com o fim de manutenção das desigualdades sociais. O aparato penal, nessa segunda crítica, serviria ao sistema de dominação de classes.⁷⁴

Para ANDRADE⁷⁵: “a marca do sistema penal é a ‘eficácia invertida’ (...), a contradição entre funções declaradas ou promessas que não cumpre, e funções reais que cumpre sem declarar; que cumpriu em silêncio, embora hoje desnudadas”.

Nesse diapasão, destaca-se a criação – sobretudo através dos meios de comunicação de massa – dos estereótipos do mocinho e do bandido, reforçando ainda mais as disparidades entre os membros de uma dada sociedade.

Para corroborar esse argumento, a vertente abolicionista enfatiza a ausência de atuação quando em cotejo as “cifras negras” da criminalidade⁷⁶, ou seja, as inúmeras hipóteses de crimes em que não há a atuação do sistema – “cifras ocultas: a impunidade é a regra, a criminalização a exceção, confirmando que a intervenção mais intensiva do sistema penal na sociedade é simbólica e não a instrumental”⁷⁷ – o que contribuiria para reafirmar a seletividade empregada pelo aparelho penal.

⁷² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismos**: A Crise do Direito Penal entre a Deslegitimação e a Expansão. p. 470.

⁷³ QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 49.

⁷⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica ao Direito penal**. p. 166. O mestre italiano Reforça essa atuação do sistema penal: “Contudo, ainda mais essencial parece a função realizada pelo cárcere, ao produzir, não só a relação de desigualdade, mas os próprios sujeitos passivos desta relação. Isto parece claro se se considera a relação capitalista de desigualdade, também e sobretudo como relação de subordinação, ligada estruturalmente à separação entre propriedade da força de trabalho e dos meios de produção e, por outro lado, à *disciplina*, ao controle total do indivíduo, requerido pelo regime de trabalho na fábrica e, mais em geral, pela estrutura de poder em uma sociedade que assumiu o modelo de fábrica”.

⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de **Minimalismos e Abolicionismos**: A Crise do Direito Penal entre a Deslegitimação e a Expansão. p. 470.

⁷⁶ CONDE, Muñoz; HASSEMER; Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. p. 47. “La cifra oscura varía en función de la clase de estadística, policial o judicial: no todo delito cometido es perseguido, no todo delito perseguido es registrado; no todo delito registrado es averiguado por la policía; no todo delito averiguado es denunciado; la denuncia no siempre termina en juicio oral; el juicio oral no siempre termina en condena”.

⁷⁷ ANDRADE, V. R. P. Obra citada. p. 471. É a ilusão de segurança jurídica!.

Impõe-se, ainda, a oposição dos abolicionistas ao conceito de crime. Nesse contexto, pela ausência de uma consistência material, será crime todas aquelas ações ou omissões eleitas pelo legislador no processo de criminalização. Portanto, o crime é uma convenção, uma opção legislativa, é o que a lei diz ser crime, dentre todas as demais condutas do indivíduo, abrindo um amplo espaço para o arbítrio estatal.

Pode-se apontar, também, a objeção imposta ao movimento punitivista, consubstanciada em um direito penal de autor – desvalor o sujeito e não a ação – como mais uma das falhas do sistema penal. Outra contradição denunciada pela crítica abolicionista seria o momento tardio em que a pena atua, ou seja, enquanto ferramenta de reação ao delito e não de prevenção.

O sistema penal importa em sofrimentos desnecessários – distribuídos injustamente entre setores específicos da sociedade –; é incapaz de cumprir sua função declarada de proteção de bens jurídicos e consecução da segurança jurídica – ocupa-se da função real de construção seletiva de crimes e fabricação de criminosos –; é, na verdade, um sistema de violação de direitos humanos; rouba o conflito das vítimas e mesmo assim não os resolve; é um sistema difícil de ser mantido sobre controle; enfim, como o sistema penal não oferece uma resposta legítima ao crime – situação problema – e sim queda-se ele próprio um problema, deve passar por um processo de abolição.⁷⁸

Finalmente, segundo os abolicionistas, a sociedade é anterior ao sistema penal e já havia encontrado outras formas de controle social. Ademais, não há um consenso social no que diz respeito à eleição das condutas criminaliza(áveis), pelo contrário, essa escolha pertence a poucos (que o fazem seletivamente).

2.2.2 Variantes Teóricas

No que tange ao movimento abolicionista, não há uma uniformidade na utilização dos métodos, ou das concepções filosóficas, ou ainda de outros instrumentos empregados para o alcance da abolição do sistema penal. O que há,

⁷⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de **Minimalismos e Abolicionismos: A Crise do Direito Penal entre a Deslegitimação e a Expansão**. p. 472-473.

na prática, é uma reunião de pensamentos filosóficos utilizados em particular por cada pensador, objetivando a mesma finalidade dentro de suas peculiaridades.

PAVARINI⁷⁹ adverte para o equívoco gerado pela não distinção dos termos *abolicionismo* e *movimentos abolicionistas*. Segundo o autor, o termo *abolicionismo* está relacionado, na verdade, com as posições político-culturais e os movimentos contrários à pena de morte e à tortura, mais recentemente para definir as posições de crítica à prisão perpétua. Em contrapartida, por perspectiva (movimento) abolicionista se entende um movimento de idéias contra todo o sistema da justiça penal. Com a finalidade de uma maior clareza, esta posição seria melhor definida como *abolicionismo penal radical*, ou ainda somente para distingui-la das posições bastante diversas e limítrofes.

Em cotejo com essa dificuldade conceitual e mesmo estrutural da teoria abolicionista, CARVALHO⁸⁰ leciona que o abolicionismo penal agrupa autores diversos, os quais, “partilhando da crítica sociológica às agências penais, comungam de inúmeras e diversificadas propostas para a radical contração/substituição do sistema penal por instâncias não-punitivas de resolução de conflitos”.

COSTA⁸¹ congrega o abolicionismo moderno em duas correntes distintas: os ideólogos – concentram sua argumentação no campo teórico-ideológico – representados por Michel Foucault (variante estruturalista) e Thomas Mathiesen (variante materialista de orientação marxista); e os moralistas – fundamentam-se em argumentos mais morais que ideológicos – tendo como expoentes Louk Hulsman (variante fenomenológica) e Nils Christie (variante fenomenológica-historicista)⁸².

Com o esboço de, ainda que sucintamente, ponderar o movimento abolicionista penal, optou-se como elemento orientador dentre as várias vertentes abolicionistas, a tipologia classificatória efetuada por ZAFFARONI⁸³, o qual promove a distinção entre quatro variantes, representadas por Thomas Mathiesen, Louk Hulsman, Nils Christie e Michel Foucault.

⁷⁹ PAVARINI, Massimo. El Sistema de Derecho Penal entre Abolicionismo y Reduccionismo. **Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social**. Barcelona (Espanha): Promociones y Publicaciones Universitarias, 1995. p. 141.

⁸⁰ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. p. 126.

⁸¹ COSTA, Sidney Alves. Abolicionismo Penal. In. **Ciência Penal. Coletânea de Estudos. Homenagem a Alcides Munhoz Neto**. Curitiba: JM Editora, 1999. p. 346-347.

⁸² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismos: A Crise do Direito Penal entre a Deslegitimação e a Expansão**. p. 465. Essa distinção classificatória diferencia os autores conforme as variantes fundamentações metodológicas para a abolição.

⁸³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. p. 98.

A vertente abolicionista de MATHIESEN é estruturada na concepção marxista, promovendo a vinculação entre o sistema penal e o sistema capitalista: uma permanente situação de oposição e competição com o poder dominante.

Para findar com as manipulações de poder, a teoria abolicionista de MATHIESEN sustenta não só a eliminação do sistema penal, mas também de todo e qualquer processo de repressão existente na sociedade.

Partindo da inutilidade e incapacidade do Direito Penal enquanto mecanismo de solução dos problemas sociais⁸⁴, bem como, essencialmente, balizada nos prejuízos⁸⁵ do sistema, a concepção abolicionista de HULSMAN⁸⁶ propõe a abolição do sistema penal (e de todas as estruturas de controle social formal), sem, contudo, eliminar o crime, apontando a existência de instâncias intermediárias (informais) competentes para as resoluções dos conflitos entre as partes.

Sobre a relatividade – no espaço e no tempo – do conceito substancial de crime e a inexistência de uma realidade ontológica do crime, KARAM⁸⁷ observa que: “na realidade, crimes são meras criações da lei penal, não existindo um conceito natural que os possa genericamente definir. O que é crime em um determinado lugar, pode não ser em outro, o que hoje é crime, amanhã poderá não ser.”

⁸⁴ CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível ter-se o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 5. jan./mar. 2002. p. 138. CHIES destaca os apontamentos de Louk Hulsman acerca do sistema penal: “Quando o discurso oficial (político, jurídico, científico, etc.) faz referência ao sistema penal, implicitamente o considera um sistema racional, concebido, criado e controlado pelo homem. Nada mais mentiroso. (...) Na realidade, cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervêm no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará depois. Não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado - o que ele procura colocar na lei, no Código Penal - e as diferentes práticas das instituições e dos homens que as fazem funcionar. Tais instituições não têm nada em comum, a não ser uma referência genérica à lei penal e à cosmologia repressiva, liame excessivamente vago para garantir uma ação conjunta e harmônica. Tais instituições estão, de fato, compartimentalizadas em estruturas independentes, encerradas em mentalidades voltadas para si mesmas” (1993: 59)

⁸⁵ HULSMAN sustenta a seletividade promovida pelo sistema penal, verdadeira *fábrica de culpados*, pois estigmatiza o excluído do convívio social.

⁸⁶ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In. PASSETI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revam, 2004. p. 39. O autor propõe uma verdadeira mudança de linguagem na dogmática penal, aceitando-se a relatividade do conceito crime. Sobre o assunto: QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005. p. 95. Nos ensinamentos do autor, HULSMAN dá preferência a expressão “situações problemáticas” no lugar da denominação crime ou delito: “num modelo alternativo de justiça que, para fazer face a tais situações, ditas ‘problemáticas’, tenha em conta todas essas opções e possibilidades, no sentido de melhor resolvê-las”.

⁸⁷ KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In. PASSETI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revam, 2004. p. 73.

O legislador cria, portanto, o criminoso, através da manipulação da linguagem e dos meios massivos de informação os quais ampliam o discurso demonizador da repressão penal. HULSMAN⁸⁸ destaca que:

Se quisermos progredir no campo das alternativas, devemos abandonar a organização cultural e social da justiça criminal. A justiça criminal versa sobre a figura do criminoso, baseia-se na atribuição de culpa e tem um ponto de 'juízo universal' do mundo. Não fornece, pois, as informações e o contexto no qual definir e enfrentar, de modo emancipatório, situações problemáticas.

Conforme assevera ANDRADE⁸⁹, a abolição abrange, sobretudo, abolir a cultura punitiva: “trata-se de desconstruir toda uma semântica própria da discursividade penal e, sem reticências, de abolir a instituição da prisão, substituindo-a (...) por outras formas de controle”.

O abolicionismo de HULSMAN pode ser assim resumido: alterar a denominação do crime para situação problemática; incrementar as regras civis de indenização; desuniformizar a resposta estatal punitiva; diminuir a intervenção do aparato do Estado na sociedade; e, por fim, ampliar o espaço para o consenso e para a tolerância, respeitando as diversidades pessoais.

A concepção abolicionista de CHRISTIE propõe a privatização dos conflitos. Segundo o autor, o Estado “rouba o conflito” das pessoas envolvidas, primeiramente porque o delito seria uma construção estatal e, em um segundo momento, o autor assinala que “a vítima no processo penal é, em geral, um perdedor duplamente: em primeiro lugar, frente ao infrator, e depois frente ao Estado, pois está excluído de qualquer participação em seu próprio conflito”.⁹⁰

“Um sistema penal muito abrangente impede que as pessoas tomem parte nos seus conflitos, nas suas vidas. Os conflitos são transformados pelos operadores do direito em caos”.⁹¹

Nota-se, portanto, uma preocupação efetiva do autor com a marginalização que o sistema opera sobre a vítima quando realiza seu afã punitivo. A inquietação com a punição aloca a reparação (patrimonial) do dano para um segundo plano.

⁸⁸ HULSMAN, Louk. **Alternativas à Justiça Criminal**. p. 68.

⁸⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de **Minimalismos e Abolicionismos**: A Crise do Direito Penal entre a Deslegitimação e a Expansão. p. 465.

⁹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito penal**. p. 96.

⁹¹ CHRISTIE, Nils. Conversa com um abolicionista minimalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora RT. n. 21, jan.- mar. 1998. Entrevista concedida a Ana Sofia Schmidt e André Isola Fonseca. p. 14.

Balizado nessas premissas, essa vertente do abolicionismo advoga a civilização dos conflitos penais através de indenizações, acordos, conciliações.

Sobre a organização do sistema judicial ideal, no entender de CHRISTIE⁹² “seria uma organização orientada para a vítima. (...) seria considerar o que poderia ser feito para a vítima, principalmente pelo ofensor. Depois, o que poderia ser feito pela vizinhança e depois o que poderia ser feito pelo Estado.”

A principal vantagem dessa forma de controle social seria a não estigmatização ou dessocialização do delinquente, essa vertente teria o condão de “reduzir ao máximo a intervenção social do direito penal, pois isto permitiria não só evitar as desvantagens da prisão (como também) evitar a expropriação do problema e sua profissionalização por meio de policiais, advogados juízes”.⁹³

O abolicionismo penal de FOUCAULT – em que pese as divergências a respeito do enquadramento de sua concepção dentre os abolicionistas⁹⁴ – é pautado na consideração do *sujeito cognoscente* como um produto do poder (reunião de micro-poderes).

Antes de adentrarmos nesta concepção é importante ressaltar que Michel Foucault não analisou o poder enquanto uma relação destacada, ou seja, não escreveu um livro ou elaborou uma teoria geral do poder. O filósofo francês avaliou as manifestações do poder em diversos setores da vida humana, como a família, o sexo, a loucura e, enfim, a criminalidade.

Através de uma observação da história e do desenvolvimento da humanidade – passagem do Estado soberano ao Estado moderno – Foucault passa a conceber um poder que incide sobre as várias formas de vida – perspectiva biocêntrica – e que proveria não somente do Estado⁹⁵ e sim das próprias ações dos sujeitos.

⁹² CHRISTIE, Nils. **Conversa com um abolicionista minimalista**. p. 15.

⁹³ YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal Tradicional**. Trad. Lauren Paoletti Stefanni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 66.

⁹⁴ Para ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. “embora FOUCAULT não ofereça considerações táticas para avançar rumo ao abolicionismo, permite entrevê-las quando aconselha a ‘técnica do judoca’, ou seja, quando se refere à debilidade que sofre o poder ao utilizar-se de violências, que o deixa apoiado em um só pé. Deve ser observado que a utilização da força do adversário, em substituição ao emprego da própria violência, é um postulado básico de qualquer tese da ‘não-violência’.” p. 102 e 109.

⁹⁵ Essa identificação do Estado com o poder e, por conseguinte a dificuldade de identidade entre o poder e as práticas dos sujeitos decorre do fato de que o poder estatal organiza mais efetivamente essas múltiplas relações de poder.

Segundo esta perspectiva, o poder exerce-se sobre os corpos⁹⁶ – *sujeito* – atingindo a prática cotidiana dos indivíduos. O poder para Foucault passa a ser pensado enquanto “relações”, “saberes” e “subjetividades”. Dentro desse aspecto, o autor irá analisar a incidência do poder sobre os corpos e vontades dos sujeitos, dando preferência à atuação desempenhada pelas “instituições” (prisão, escola, manicômio).

Nas lições de Foucault, o poder se exerce, ou seja, é uma *ação* estabelecida através da relação entre sujeitos, considerando o indivíduo – livre – também enquanto agente da ação.

Em uma de suas aulas no Collège de France, no dia 14 de janeiro de 1976, no curso “Em defesa da sociedade”⁹⁷, Foucault estabelece dois pontos, dois “limites” em relação ao exercício do poder. Um desses pontos se refere às “regras de direito que delimitam formalmente o poder” e, o outro ponto, aos “efeitos de verdade que esse poder produz”.

Estabelecida esta relação triangular entre poder-direito-verdade, Foucault abordará o poder, que se daria em torno dos limites do direito de se exercer o poder. Ou seja, sob qual verdade se instituem legalmente os limites de direito e dever.

Em *Vigiar e Punir*, o autor visa demonstrar a prisão enquanto um dos mecanismos de controle e poder, tal qual vivenciado na sociedade, na família, na escola, atuando através da obediência e do poder disciplinar.

“A problematização realizada em *Vigiar e Punir* possibilitou visualizar dois níveis de intervenção crítica: ao saber emanado pela criminologia tradicional e às estruturas capilares de poder”.⁹⁸

Para Foucault, a penalidade – *ius puniendi* – não tem o condão de findar as ilegalidades, pelo contrário, as ilegalidades são mantidas e reproduzidas pelo sistema penal. Assevera a diferenciação que o sistema promove entre os normais e

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Rmalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 127. Descoberta do corpo enquanto objeto de poder e, dessa forma, facilmente manipulável. Foucault analisa como o corpo pode ser treinado, tornando-se dócil e maleável, define o poder que se pode ter sobre o corpo, aumentando “as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminuindo essas mesmas forças (em termos políticos de obediência), (...) a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada”.

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**: Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fonte, 1999. p. 28.

⁹⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. p. 126.

os seres anormais – o louco ou o delinqüente – e opera um reducionismo do sujeito enquanto um ser patológico.

Nesta seara, desvela o discurso da criminologia oficial, responsável por um sistema punitivo alicerçado no discurso científico da criminologia. “A criminologia etiológica incorporou-se, subliminar e invisivelmente, como discurso orientador das fases legislativa, judicial e executiva, fixando a idéia da pena clínica e correcional”.⁹⁹

Quando em pauta o fracasso da prisão, afirma que a sua manutenção se deve a perpetuação desse sistema, ou seja, a aplicação efetiva de um poder sobre os corpos, que são disciplinados e vigiados.

Nas lições de FOUCAULT: “a vigilância policial fornece à prisão os infratores que esta transforma em delinqüentes, alvo e auxiliares dos controles policiais que regularmente mandam alguns deles de volta para a prisão”.¹⁰⁰

ZAFFARONI¹⁰¹ preconiza a respeito da teoria abolicionista de FOUCAULT:

por um lado, assinala, acertadamente, a forma pela qual o poder expropriou os conflitos no momento da formação dos estados nacionais e, por outro, nega o modelo de uma parte sobreposta ao litigante, como instância superior decisória, o que se evidencia em sua discussão com os maoístas, ao criticar o conceito de ‘justiça penal’.

Dentre as vertentes deslegitimadoras do sistema penal cumpre citar a concepção de RICHARD QUINNEY, segundo a qual o delito tem mais uma razão econômica – sociedade capitalista – que propriamente jurídica ou penal.

Na mesma balada, o abolicionismo proposto por MASSIMO PAVARINI¹⁰² aponta a necessidade de um confronto entre o sistema penal e o estudo da criminologia – para então indicar os caminhos para o fim (ou não) do sistema.

O autor pretende rever não somente as correntes criminológicas dissociadas do marxismo, intenta avaliar também a própria criminologia marxista. Enfim, nas palavras de ZAFFARONI¹⁰³ a lição de PAVARINI é no sentido de demonstrar que existe “uma disjuntiva: carregar sua má consciência ou enfrentar politicamente o

⁹⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. p. 126.

¹⁰⁰ FOULCAULT, Michel. **Vigiar de punir: nascimento da prisão**. p. 248.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. p. 102.

¹⁰² PAVARINI, Massimo. El Sistema de Derecho Penal entre Abolicionismo y Reduccionismo. **Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social**. Barcelona (Espanha): Promociones y Publicaciones Universitárias, 1995. p. 141.

¹⁰³ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 59.

poder, usando os instrumentos de uma criminologia alternativa, embora considere que não exista muito espaço para esta segunda atitude."

Após esse panorama geral dos argumentos abolicionistas, passa-se às principais objeções ao referido movimento.

2.2.3 Algumas Críticas às Teorias Abolicionistas

A abordagem abolicionista de supressão da ordem pública penal e transferência por um sistema de direito privado ou, ainda, a locação do problema nas esferas de controle informal tem sofrido diversas as objeções.

Primeiramente, pode-se afirmar que a tese abolicionista requer um "Estado novo", ou seja, pressupõe a possibilidade da eliminação do poder punitivo e sua substituição por controles descentralizados e que imponham a solução do conflito, sobretudo, nas mãos das pessoas diretamente envolvidas. Prevê, portanto, a instalação de centros comunitários de conciliação, baseados na premissa de que dessa forma seriam eliminados os processos estigmatizantes de controle.

Conforme a concepção do abolicionismo radical, haveria uma transformação social e também acadêmica no que tange ao Direito penal, podendo-se afirmar, inclusive que, o vocábulo *penal* e a conceituação do delito seriam extirpados.

Não obstante esta objeção prática, umas das principais críticas ao abolicionismo – chamado de *utopia* libertária – refere-se às possíveis conseqüências advindas da retirada do Estado, a qual "apesar de sua imagem libertadora, teria o problema de omitir a existência de grandes concentrações de poder não estatal".¹⁰⁴

Nesse sentido, a respeito das instâncias de controle social destacadas do Estado, ROXIN¹⁰⁵ adverte para as dificuldades em controlar, fiscalizar e garantir a segurança e evitar o arbítrio: "como se pode evitar que sejam não pessoas justas e que pensem socialmente, mas sim os poderosos a obter o controle, oprimindo e estigmatizando os fracos? A discriminação social pode ser pior que a estatal." Nos

¹⁰⁴ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal**. p. 69.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 4.

ensinamentos do penalista alemão, o abolicionismo, pela ausência de parâmetros de garantia levaria à justiça privada.

BAILONE¹⁰⁶ citando BUSTOS RAMIRES assevera que: “toda proposta abolicionista só pode levar a uma troca de etiquetas, pois também na sociedade civil se reproduzem as formas de poder e violência”.

Para ROXIN¹⁰⁷ o ideário abolicionista é uma *inspiração social-romântica*:

uma sociedade livre do direito penal pressuporia, antes de mais nada, que através de um controle de natalidade, de mercados comuns e de uma utilização racional dos recursos de nosso mundo se pudesse criar uma sociedade que eliminasse as causas do crime, reduzindo, portanto, drasticamente aquilo que hoje chamamos de delinquência.

Discorrendo a respeito da fascinação que o assunto criminalidade (suas causas, efeitos e possíveis soluções) desperta, haja vista, sobretudo, a dialética criminoso/vítima e a tração que a violência causa na sociedade, CONDE e HASSEMER¹⁰⁸, no que tange às teses abolicionistas asseveram que:

Esa fascinación de lo criminal es también un obstáculo a la tesis en pro de la ‘abolición del Derecho penal’ que proponen Plack y las modernas teorías ‘abolicionistas’. Si no se elimina antes la criminalidad, el Derecho penal aunque sea ‘abolido’ seguirá viviendo, o, en su lugar, surgirán otros mecanismos de sanción individual y de control social, que, como reacción a las infracciones jurídicas más o menos graves, serán más amenazantes, imprevisibles e injustos que el próprio Derecho penal.

Segundo os autores supra-citados, a meta abolicionista é utópica (e romântica) por se mostrar alheia à realidade ao não considerar até que ponto o fenômeno do delito e da reação ao mesmo está imbricado na experiência cotidiana. ROCHA¹⁰⁹ acrescenta que, “Sem dúvidas, o ideário abolicionista inspira-se nas melhores intenções. Contudo, labora com concepção por demais romântica do homem e de sua interação social.”

¹⁰⁶ BAILONE, Matías. Abolicionismo, o como destruir el arrogante Império del Poder Punitivo. **Revista de Derecho Penal, Processo Penal y Criminologia**. ano 4. n. 7/8 2004. Edición 2005. Ediciones jurídicos cuyo. p. 477.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. p. 3-4.

¹⁰⁸ CONDE, Muñoz; HASSEMER; Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. p. 32.

¹⁰⁹ ROCHA. Fernando Galvão da. **Direito Penal**. Curso Completo. Parte Geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 52.

As mais contundentes objeções ao abolicionismo são empreendidas por FERRAJOLI:¹¹⁰

evidencia-lhes o vício comum da utopia e da regressão, vale dizer, de uma espécie de projeção do futuro das duas mitologias do 'Estado natural', isto é, da sociedade sem regras, abandonada ao *bellum omnium contra omnes*, e daquela idílica sociedade primitiva ainda não contaminada por conflitos intersubjetivos.

Para o penalista italiano, as concepções abolicionistas teriam o condão de fundamentar sistemas autoritários – deixados aos arbítrios de sujeitos não autorizados – o que levaria a uma anarquia punitiva. Luigi Ferrajoli assenta o evidente desprezo das teses abolicionistas à concepção garantista bem como, adverte que referido movimento incorre no erro de avaliar modelos penais autoritários e modelos liberais igualmente.

“Una de las críticas más celebradas contra las propuestas abolicionistas es que la pretensión de abolición del derecho penal, y no sólo de la cárcel, es discutible porque implicaría la desaparición de los límites de la intervención punitiva ”.¹¹¹

FERRAJOLI adverte, portanto, para a possibilidade de perigo constante do abolicionismo por abrir as portas, por via policial de um poder punitivo desenfreado, destruidor dos espaços sociais de liberdade.

ZAFFARONI¹¹² rebate às críticas de FERRAJOLI afirmando que na verdade:

a utopia não é o abolicionismo, mas o garantismo, inevitavelmente parcial e imperfeito, (...) esta crítica parece ignorar que o abolicionismo também propõe um novo modelo de sociedade, (...) na qual os conflitos possam ser resolvidos – ou não, conforme o caso – independentemente de penas e de uma instância punitiva formal, sem que isso se traduza necessariamente numa repressão maior.

FERRAJOLI assevera, finalmente, que se tendo em conta que uma das funções da pena é evitar a vingança privada, o sistema penal é também um imperativo (de proteção) para o criminoso. O autor recusa o abolicionismo radical afirmando a necessidade do direito penal – *mínimo* – como o único meio para se evitar danos maiores (vingança privada).

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 234.

¹¹¹ LARRAURI, Elena. Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez. n. 20. jul/set. 2005. p. 12.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. p. 103-104.

Por essas razões, a vertente do Direito Penal mínimo advoga o abandono das teses do abolicionismo radical dando lugar ao discurso moderado, ou seja, reconhece-se a utilidade do sistema repressivo e a ilegitimidade da intervenção da sociedade, e, como um freio à incontida intervenção punitiva estabelece dois objetivos salutareis: proteção de bens jurídicos fundamentais e observância efetiva das garantias individuais.

FERRAJOLI¹¹³ aponta os méritos do abolicionismo:

uma doutrina capaz de fornecer a separação entre o direito e a moral e favorecer a autonomia à criminologia crítica, de solicitar-lhe as pesquisas sobre a origem cultural e social da desviação e sobre a relatividade histórica e política dos interesses penalmente protegidos, e, via de consequência, contestar, talvez mais do que qualquer outra orientação teórica, o latente 'legitimismo' moral das doutrinas penais dominantes. Metodologicamente, o abolicionismo possui o mérito de, ao denunciar a ilegitimidade do sistema penal, despeja(r) sobre os justificacionistas o *ônus da justificação*, (as quais se cumpre que sejam) moralmente satisfatórias e logicamente pertinentes.

O que fica evidente é o mérito da tese abolicionista pela denúncia e desvelamento do vácuo existente entre o sistema social em si e o discurso jurídico. Os abolicionistas não se contentam com a abolição da prisão (como pregam os garantistas), advogam, na verdade, uma solução dos problemas sociais e, essencialmente, a elaboração de práticas que efetivamente importem na redução da violência punitiva.

Tendo-se em conta a inviabilidade dos ideais abolicionistas, o minimalismo, através de uma “Política Criminal alternativa traz consigo um amplo programa de descriminalização e despenalização com uma transferência gradual do Estado para a comunidade a função do controle social”.¹¹⁴

O abolicionismo moderado ou minimalismo penal apresenta-se, dessa forma, como uma via alternativa. Com o escopo do abandono gradativo da afluente pena privativa de liberdade e com esboço nas exigências de um poder punitivo mínimo, o minimalismo oferece uma série de propostas a esse intento, promovendo, através de *medidas alternativas*, a descarcerização.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 235.

¹¹⁴ COSTA, Sidney Alves. **Abolicionismo Penal**. p. 349.

2.3 TEORIAS MINIMALISTAS

No que tange à corrente do minimalismo penal – abolicionismo moderado ou *mediato* – a doutrina¹¹⁵ tem afirmado como autores minimalistas Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni. Dentro da vertente que pugna pelo Direito penal mínimo, cumpre destacar Ferrajoli, Hassemer e Raul Cervini.

A minimização do Direito punitivo tem como ponto de partida a deslegitimação do sistema penal assumindo a razão abolicionista que enxerga no Direito penal e em seus instrumentos de atuação uma crise estrutural irreversível. Há, portanto, um imbricamento entre as teses abolicionistas e minimalistas e, não obstante, pode-se encontrar uma divisão clara entre os minimalistas.¹¹⁶

BARATTA¹¹⁷ e ZAFFARONI avaliam o minimalismo como *meio*, ou seja, como uma transição necessária ao abolicionismo tendo-se em conta a irreversibilidade da crise estrutural do sistema penal. As vertentes do *direito penal mínimo* (com destaque ao garantismo), por sua vez, pugnam a relegitimação do sistema penal, e, dessa forma, empregam o minimalismo como um *fim em si mesmo* – uma intervenção mínima limitadora da violência estatal – e contendadora de uma potencial anarquia punitiva.

A primeira corrente (Zaffaroni e Baratta) assenta-se nos custos sociais e o vilipêndio aos direitos humanos promovidos pelo sistema penal, enquanto que o Direito Penal mínimo (Ferrajoli), preocupado com uma possível anarquia punitiva que adviria do abolicionismo, relegitima o Estado como garantidor não só dos “não desviantes” como principalmente do “desviante”.

¹¹⁵ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito penal**. p. 88. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal, volume 1**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 277. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e Abolicionismos: A Crise do Direito Penal entre a Deslegitimação e a Expansão**. p. 476. Em relação a ZAFFARONI, os autores asseveram que o doutrinador argentino enfoca o minimalismo penal como uma fase intermediária para o abolicionismo.

¹¹⁶ ANDRADE, V. R. P. Obra citada. p. 476. “É possível divisar, nessa perspectiva, duas linhas: a) modelos que partem da deslegitimação do sistema penal (concebida como uma crise estrutural de legitimidade) para o abolicionismo ou minimalismos como meio; e b) modelos que partem da deslegitimação (concebida como uma crise conjuntural de legitimidade) para a relegitimação do sistema penal, ou minimalismos como fim em si mesmos.”

¹¹⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. p. 97. “De qualquer modo, é possível adiantar que o minimalismo de Baratta parece estar bem próximo de uma concepção da contração penal como momento de progresso social, apesar de não ter a pretensão legitimante de um futuro modelo punitivo do tipo sustentado por Ferrajoli”.

O *minimalismo radical* parte do reconhecimento de que o sistema penal é uma das ferramentas de reprodução de desigualdades – objetivos não declarados – e que, dessa feita, tem se mostrado incapaz de factibilizar a proteção de bens jurídicos – objetivos declarados¹¹⁸. Não obstante, crente da impossibilidade da supressão desse sistema advoga a gradual redução do aparelho penal.

2.3.1 Minimalismo Moderado

Os minimalistas moderados avaliam o Direito Penal como um mal necessário – inevitável, portanto – impondo a tarefa de racionalizá-lo e minimizá-lo, sobretudo por intermédio do princípio da intervenção mínima.¹¹⁹

O Direito penal mínimo reduz o poder punitivo ao obstar determinadas formas de criminalização ou incrementar as políticas criminais descriminalizadoras. Em relação àquelas condutas que (ainda) exigem a intervenção penal, para burlar os efeitos nefastos da pena – em especial a privativa de liberdade – o minimalismo moderado trabalha com os processos de despenalização. Pode-se apontar, finalmente, dentro do referido movimento, a defesa da desinstitucionalização, assemelhando-se, nesse ponto, do abolicionismo (radical).

HASSEMER¹²⁰ advoga a possibilidade não de substituição do Direito penal e sim de cooperação da intervenção penal com outros instrumentos para a realização

¹¹⁸ BARATTA, Alessandro. Principios de Derecho Penal mínimo. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires (Argentina): Editorial B de F, 2004, p. 299-333. Nas lições do penalista: “El sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en su discurso oficial, funciones que son centrales a la ideología de la defensa social y a las teorías utilitarias de la pena”.

¹¹⁹ CABRERA, Marcus Antonio. Reflexões sobre o princípio da intervenção mínima, ofensividade e lesividade. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito Penal e Constituição**. Belo Horizonte: Malheiros Editores. p. 287. “Concebe o Direito Penal como técnica institucional-racionalizadora de minimização da reação da violência e do desvio socialmente intolerável, que sirva, também de garantia do acusado diante das arbitrariedades, excessos e erros ligados aos sistemas não-jurídicos de controle social”.

¹²⁰ HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 29, abr./jun, 2008. p. 17. “O desenvolvimento de um Direito de Intervenção pressupõe para os penalistas justamente que eles estejam conscientes dos limites do seu ramo e realmente iniciem a *cooperação* com o seu meio. Ele terá por consequência o fato de que o sistema jurídico-penal a longo prazo se desobrigará de tarefas que ele não pode cumprir. Bons *exemplos* para a racionalidade de um Direito de Intervenção são todos aqueles âmbitos dos grandes problemas modernos, tais como: a corrupção; a dependência e o

de fins preventivos os quais, segundo o autor, melhor oferecem respostas aos problemas atuais e futuros da Política Criminal.

A esses instrumentos preventivos, HASSEMER¹²¹ fornece ainda que genericamente, a denominação de Direito da Intervenção – localizado entre o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público – ressaltando-lhes os seguintes caracteres:

- aptidão para a solução de problemas antes de ocorrerem danos (capacidade preventiva);
- dispor *de* e atuar *com* meios de controle e fiscalização, e não somente com meios de intervenção;
- cooperar ao máximo com diferentes âmbitos de competência como, por exemplo, o Direito Administrativo e dos ilícitos administrativos; o Direito das Contravenções; o Direito da Saúde e dos Recursos Médicos; o Direito Fiscal e do Trabalho; dos Serviços Públicos;
- um ordenamento processual cujas garantias sejam empírica e normativamente adequadas às possibilidades operacionais do Direito de Intervenção.

CORACINI¹²² preconiza que:

(...) o fato é que o direito penal clássico teria se tornado insuficiente para lidar com os problemas da sociedade moderna; (...) A partir de então, Hassemer propõe a estruturação de um direito híbrido, em que as garantias e direitos individuais tradicionais são mitigadas, atribuindo-se uma maior funcionalidade ao sistema persecutório, em troca do abrandamento do sistema penal.

Com esboço nessas breves considerações acerca do Direito penal de Intervenção é possível avaliar a sua colocação dentre os minimalistas. Através das constatações da crise do moderno direito penal, o penalista oferece uma solução¹²³ concreta: retirada parcial¹²⁴ da modernidade do Direito Penal, por intermédio da

tráfico de drogas; a venda de produtos perigosos; o auto-encobrimento organizado; a crescente disposição à violência e a criminalidade de crianças e adolescentes”.

¹²¹ HASSEMER, Winfried. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. p. 17.

¹²² CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n.50, p. 237-279, set./out. 2004. p. 259/260.

¹²³ HASSEMER, Winfried. Características e crises do Moderno Direito penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 8, out./dez. 2002. p. 64/65. “Eu, todavia, defendo que é preciso formulá-los do modo mais preciso possível e que é preciso funcionalizá-los pelos bens jurídicos individuais. De mais importância é que os problemas que mais recentemente foram introduzidos no Direito Penal sejam afastados dele.”

¹²⁴ HASSEMER, Winfried. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. p. 18. “Com isso o Direito Penal pode se concentrar em servir por longo prazo aos seus elementos irrenunciáveis: uma resposta proporcional, constante e justa às lesões mais graves

“redução do Código Penal a um ‘Direito Penal nuclear’ (Kernstrafrecht); (...) pertencem a este Direito penal todas as lesões aos bens jurídicos individuais clássicos e pertencem a esse também os perigos graves e visíveis (...)”.

Avaliando os movimentos de descriminalização, CERVINI¹²⁵ propõe a observância de algumas indicações para a concretização (fática) do Direito penal mínimo. Referidas indicações são divididas em intradogmáticas e extradogmáticas.

As intradogmáticas, resumidamente, constituem as seguintes considerações: (a) balizado no princípio da humanidade, o magistrado deve abster-se de impor uma pena ou de respeitar o limite mínimo imposto pelo legislador quando ela violar o direito à vida ou a dignidade humana¹²⁶ ou ainda quando ficar evidente que em outra situação semelhante há uma penalidade mais branda¹²⁷; (b) as disposições penais derogatórias ou restritivas de penalidades devem repercutir em todos os âmbitos dogmáticos possíveis; (c) descriminalização quando a previsão penal esteja em oposição aos mandados constitucionais ou quando não haja danosidade social da conduta¹²⁸; (d) adequação do direito interno aos preceitos internacionais; (e) em relação à culpabilidade, cumpre que se retire dos textos penais as penalizações baseadas em responsabilidade objetiva ou os tipos penais de autor.¹²⁹

No que tange às indicações extradogmáticas, impõe-se a necessidade de exclusão e descriminalização: (a) de condutas não mais consideradas indesejáveis sob o ponto de vista social ou que já são culturalmente aceitas; (b) da criminalidade de bagatela; (c) das ações lesivas que são satisfatoriamente atendidas por outras formas de controle social; (d) das condutas que expressam um risco assumido¹³⁰ ou

aos bens jurídicos, na esfera fundada de que esta resposta confirme e certifique publicamente, na percepção de todos os cidadãos, que nós perseveraremos nas normas fundamentais que foram violadas através do crime. (...)Tal Direito Penal nuclear não está limitado aos *bens jurídicos individuais* como a vida, a liberdade, a saúde, a honra ou o patrimônio. Abrange – como também já é tradição no Direito Penal – aqueles *bens jurídicos universais*, que ao fim e ao cabo representam os interesses dos seres humanos, porque nós não podemos viver uns com os outros em sociedade sem sua proteção: assim a autenticidade das moedas, a segurança das usinas nucleares ou o funcionamento do aparato público.”.

¹²⁵ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 125-148.

¹²⁶ Trata-se, na verdade, da vedação da pena de tortura e demais penas infamantes e degradantes.

¹²⁷ Na verdade assevera o autor acerca daquelas situações em que o tipo penal e o bem jurídico tutelado são praticamente o mesmo, mas em que há uma alteração do preceito secundário haja vista, em alguns casos, alguma circunstância especial do sujeito ativo.

¹²⁸ Segundo o autor seriam os delitos *sem bem jurídico*.

¹²⁹ CERVINI, R. Obra citada. p. 126-136.

¹³⁰ CERVINI, R. Obra citada. Citando Zaffaroni, alude às grandes lojas ou sistemas de auto-serviço que expõem publicamente seus produtos e que haja vista a proliferação dessas atividades ficaria praticamente impossível deter todos os furtos ali praticados. O autor destaca que modificações na

quando os fatores exteriores às ações podem ser modificados; (e) de fatos situados exclusivamente na ordem moral e; finalmente (f) os chamados 'delitos sem vítimas'.

A respeito das ordenações referentes à criminalização, CERVINI impõe algumas proibições: (a) não devem ser incriminados os comportamentos que, embora nocivos, ultrapassem, por sua natureza, a norma penal; (b) a lei penal não deve incluir proibições cujos subprodutos sejam mais nocivos que a conduta que tende a desestimular; (c) não se deve incluir uma proibição na lei penal se não for possível colocá-la em vigor¹³¹; e, por fim, (d) o uso da lei penal com o intuito de obrigar as pessoas a atuar em seu próprio benefício.¹³²

O modelo minimalista representado pelo garantismo parte da deslegitimação para a relegitimação do sistema penal, utilizando-se do minimalismo como fim. Trata-se de "um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na viabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada".¹³³

O sistema garantista será analisado separadamente. A seguir, dentre as correntes minimalistas de maior destaque, optou-se por uma ponderação, ainda que perfunctória, dos modelos de Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni, os quais "preconizam que o princípio da intervenção mínima funcionaria como um instrumento de passagem, gradativo e fundamental para a abolição".¹³⁴

2.3.2 Minimalismo penal de Alessandro Baratta

Alessandro Baratta sintetiza seu pensamento no livro "Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal". Afirmando a crise da criminologia tradicional – posterior até mesmo à crítica desempenhada pela vertente radical (marxista) – impõe a real e necessária possibilidade de substituir o sistema penal atual – mantenedor da

segurança e mecanismos de proteção tem se mostrado mais eficientes para burlar esses delitos. p. 139-140.

¹³¹ Cifras negras da criminalidade e impunidade: debilitação da credibilidade de todo o sistema penal.

¹³² CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. p. 136-141.

¹³³ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.19.

¹³⁴ LOPES, Cláudio Ribeiro. O controle social, o sistema penal e o princípio da intervenção mínima. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito Penal e Constituição**. Belo Horizonte: Malheiros Editores. p. 267.

desigualdade social e jurídica – por um Direito penal que compreenda uma série de princípios de direito penal mínimo reguladores da descriminalização.

O penalista italiano enxerga o sistema penal e os processos de criminalização enquanto mecanismos de seleção¹³⁵ – legislativa, judicial e policial – pautados na ideologia da defesa social¹³⁶ realizam a estigmatização do indivíduo e desvelam a incapacidade estatal em cumprir as funções (declaras) da intervenção penal – tutela de bens jurídicos, prevenção de delitos, ressocialização e reeducação do delinqüente – importando em uma verdadeira violência punitiva.

A necessária e efetiva desconstrução teórica da ideologia da defesa social – “vê a sociedade de forma harmônica e maniqueísta, o que dá origem ao princípio do bem e do mal, por via de consequência, o delinqüente representa o mal e a sociedade constituída o bem”¹³⁷ – percorreu um longo caminho atingindo seu amadurecimento com a Criminologia Crítica de viés marxista.

Para possibilitar o desenvolvimento da crítica à defesa social, o desenvolvimento teórico formulado pelo *labelling approach* ou teoria da reação social é salutar, pois rompe com a concepção de que o crime e a criminalidade poderiam ser explicados a partir de um *a priori*.

Na medida em que transmuda o paradigma etiológico focado no objeto (criminoso, criminalidade) e com esquete no método biopsicológico, para avaliar o delinqüente em relação a uma dada *realidade* social – deslocamento do enfoque macrossociológico¹³⁸ – ou seja, focalizando as condições responsáveis pelo desvio

¹³⁵ SANCHES, Samyra Haydeê Dal Farra Napolini. Os direitos humanos como fundamento do Minimalismo penal de Alessandro Baratta. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Controle Penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boireux, 2002. p. 16. “O sistema penal funciona de uma forma altamente seletiva, sendo que sua seletividade manifesta-se num primeiro momento através da escolha pelo legislador dos bens a serem tutelados pela lei penal (criminalização primária) e, num segundo momento, na seleção pela polícia com base em esteriótipos dos indivíduos que serão levados a julgamento pela instância judiciária, a qual por sua vez exerce a mesma seleção (criminalização secundária).”

¹³⁶ Balizada na legitimação da intervenção estatal como meio de reação social e combate à criminalidade. Segundo essa doutrina, o Direito penal teria o condão de reafirmar os valores e as normas sociais salutares à convivência social. Com uma visão maniqueísta, para referida doutrina, o delito e o delinqüente representariam o mal e a sociedade harmonicamente constituída o bem. Com esquete no princípio da igualdade vem afirmar a aplicação igualitária do Direito penal a todos que, de qualquer forma infringirem a lei, que, segundo a concepção da defesa social, tem o escopo de proteger bens jurídicos universais, ou seja, interesses comuns de todos os cidadãos.

¹³⁷ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 66.

¹³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do sistema penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 218. Deslocamento do enfoque macrossociológico “do comportamento desviante para os mecanismos de controle social

(crime), bem como os mecanismos de seletividade¹³⁹ na criminalização primária – eleição de bens jurídicos – e secundária – escolha dos indivíduos estigmatizados.

No entendimento de BARATTA¹⁴⁰,

o *labelling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função construtiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.

Haja vista, sobretudo, as constatações acima e a postura marxista, a Criminologia Crítica advoga que o Direito penal não protege bens jurídicos relevantes a *todos* os cidadãos; na verdade, esse mecanismo estatal distribuiria de modo desigual e ideologicamente o *status* criminoso. O pensamento de BARATTA¹⁴¹ é materialista, ou seja, econômico-político, por revelar que:

A forma da mediação jurídica das relações de produção e das relações sociais na sociedade capitalista moderna (o direito igual) é ideológica; o funcionamento do direito não serve, com efeito, para produzir a igualdade, mas para reproduzir e manter a desigualdade. O direito contribui para assegurar, reproduzir e mesmo legitimar (esta última é uma função essencial para o mecanismo de reprodução da realidade social) as relações de desigualdade que caracterizam a nossa sociedade, em particular a escala social vertical, isto é, a distribuição diferente dos recursos e do poder, a consequência visível do modo de produção capitalista.

Na verdade, segundo esse entendimento, o Direito penal atuaria com espreque na desigualdade social e na dominação que as classes privilegiadas exercem nas esferas dominadas, de modo a selecionar a estigmatizar tipos determinados de delitos e de delinqüentes, imunizando os comportamentos que se mostrarem nocivos aos interesses das classes ligadas à acumulação de capital.

Assim, “a criminalidade que é algo presente em todos os estratos sociais, (...) acaba por ser escamoteada, revelando-se apenas uma pequena parte através

(...)”. A Criminologia Crítica teria o condão de “transformar-se de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal”.

¹³⁹ SBARDELOTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 193. “Sintoma desta seletividade do direito penal, que pode ser identificada também como produção de igualdade formal e desigualdade substancial, é a legislação tutelar dos delitos contra o patrimônio, as formas de criminalização dos delitos contra a ordem tributária e econômica, os delitos perpetrados por Prefeitos, os crimes ecológicos, os crimes de *lavagem* de dinheiro, as benesses indistintas concedidas pela Lei nº 9.714/98. Fruto disso está representado nas estatísticas criminais, notadamente nos índices de apenados em nosso país, onde, em essência, a criminalidade graduada está imune”.

¹⁴⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito penal**. p. 86.

¹⁴¹ BARATTA, A. Obra citada. p. 213.

dos processos constitutivos engendrados pelas agências do sistema penal”.¹⁴² O Estado, que teria o condão de combater a desigualdade social¹⁴³ – causa – volta as suas armas à crescente e incontrolável criminalidade e violência – efeito – haja vista que, a desigualdade acima referida é pressuposto de existência do capitalismo o que justificaria a inércia estatal.

As políticas criminais estariam voltadas aos mais baixos estratos da camada social – excluídos – direcionando a escolha do crime e do criminoso¹⁴⁴.

Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é freqüentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.

Como forma de combate a essa situação problemática, BARATTA assevera a necessidade de filtragem ideológica como forma de definir o que é ou não socialmente negativo para as necessidades reais de todas as pessoas e todos os grupos. A política criminal deveria voltar-se a uma ação contrária à exclusão social.

Nesse contexto BARATTA¹⁴⁵ pugna pela adoção de uma teoria *materialista* – avalia as relações sociais enquanto condicionamentos econômicos e políticos – capaz de adentrar na dialética da realidade social, e “captar as necessidades dos indivíduos e da comunidade no seu conteúdo historicamente determinado, para orientar a ação em vista da superação destas necessidades”, não limitando-se a apenas descrevê-la.

Com espreque na deslegitimação do fracassado sistema penal atual – sobretudo no que tange à pena de prisão¹⁴⁶ – e com a finalidade de combater a violência impetrada pelos mecanismos de controle do Estado, BARATTA propõe uma política criminal alternativa, através do *direito penal mínimo*, ou seja, um programa balizado nos direitos humanos e em princípios de direito penal mínimo.

¹⁴² GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. p. 71.

¹⁴³ Desemprego, baixa escolaridade, miséria, condições precárias de moradia e alimentação fariam parte desse quadro.

¹⁴⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito penal**. p. 165.

¹⁴⁵ BARATTA, A. Obra citada. p. 199.

¹⁴⁶ Os pretensos efeitos da prevenção geral e especial não são almejados até porque, o que a prisão tem realizado, na verdade, é a consolidação da carreira criminosa. Nas lições de BARATTA: “Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza mesma desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir”. BARATTA, A. Obra citada. p. 186.

Analizando a estrutura penal em cotejo com os direitos humanos, conclui-se que o Direito penal na maioria das vezes, apresenta-se mais como um sistema de violação dos direitos humanos do que de proteção efetivamente.

O autor realiza a seguinte formulação para concretizar uma atuação penal mínima, sobretudo com base nos direitos humanos: princípios intra-sistemáticos de mínima intervenção penal – referem-se a garantias e limites – são divididos em a) princípios de limitação formal¹⁴⁷; b) princípios de limitação funcional¹⁴⁸; e, c) princípios da limitação pessoal ou da limitação da responsabilidade penal¹⁴⁹.

Constrói também os chamados princípios extra-sistemáticos – *critérios orientadores da ação legislativa ou da decisão política*¹⁵⁰ – divididos em: a) princípios extra-sistemáticos de descriminalização¹⁵¹; e, b) princípios metodológicos¹⁵² da construção alternativa dos conflitos e problemas sociais.

¹⁴⁷ BARATTA, Alessandro. **Principios de Derecho Penal mínimo**. p. 205-207. São enunciados da seguinte maneira: a) princípio da reserva legal ou da legalidade em sentido estrito; b) princípio da taxatividade; c) princípio da irretroatividade; d) princípio do primado da lei penal substancial; e, por fim, o e) princípio da representação popular, o qual impõe: “en el procedimiento de formación de la ley penal, el respeto de los requisitos mínimos del Estado de derecho, en lo que concierne a la representatividad de la asamblea legislativa y a su funcionamiento regular; en particular, a la participación popular en la formación de la voluntad legislativa mediante elecciones libres y secretas y la libre organización de los partidos y de los movimientos políticos”. p. 307.

¹⁴⁸ BARATTA, A. Obra citada. p. 308-317. “Los principios de limitación funcional son los siguientes: a) *Principio de la respuesta no contingente*. La ley penal es un acto solemne de respuesta a los problemas sociales fundamentales que se presentan como generales y duraderos en una sociedad; (...) b) *Principio de proporcionalidad abstracta*; c) *Principio de idoneidad*; d) *Principio de subsidiariedad*; e) *Principio de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social*. f) *Principio de implementabilidad administrativa de la ley*. ; g) *Principio del respeto por las autonomías culturales*. h) *Principio del primado de la víctima*”.

¹⁴⁹ BARATTA, A. Obra citada. p. 317-323. São os seguintes princípio: a) imputação pessoal ou princípio da personalidade: aplicação da lei somente à pessoa do(s) auto(res) do delito; b) responsabilidade pela ação: rechaça toda forma de direito penal de autor, mantendo somente o direito penal de fato; c) exigência social do comportamento conforme a lei: exigência de definir, em um plano rigorosamente técnico-jurídico, os requisitos normativos apropriados para regular a verificação judicial daquela condição ulterior para a responsabilização penal que corresponde, na dogmática do delito, ao conceito de culpabilidade.

¹⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. p. 96.

¹⁵¹ BARATTA, A. Obra citada. p. 323-326. Os princípios de descriminalização se impõe para a tarefa de eliminação parcial o total de figuras delitivas ou a implementação de trocas que reduzem tanto qualitativa como quantitativamente a violência punitiva. São os seguintes princípios: a) da não utilidade da intervenção penal; b) *privatização dos conflitos*; c) politização dos conflitos. d) *preservação das garantias formais*.

¹⁵² BARATTA, A. Obra citada. p. 326-330. “a) El principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena; b) El principio de especificación de los conflictos y de los problema; c) El principio general de prevención ofrece una indicación política fundamental para una estrategia alternativa de control social. d) El principio de la articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales”.

Segundo as lições do penalista italiano¹⁵³, além dos ‘substitutos penais’, é salutar uma política criminal alternativa, ou seja, uma

política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, e do contrapoder proletário, em vista da transformação radical e a superação das relações sociais de produção capitalistas.

Partindo da crítica ao tratamento desigual promovido pelo poder punitivo, BARATTA¹⁵⁴ “refere-se à ampliação e ao reforço da tutela penal, em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade: a saúde, a segurança no trabalho, a integridade ecológica etc.”

Enfim, o minimalismo proposto por Alessandro Baratta assevera para a necessidade de contenção dos efeitos estigmatizantes da atuação punitiva, sobretudo em relação às classes subalternas, defendendo a imprescindibilidade de uma tomada de consciência no que diz respeito ao fracasso da segregação prisional e aos processos ideológicos promovidos pela *opinião pública*.

Preconiza que o direito penal estaria reduzido a um triplo sentido de defesa: defesa das garantias liberais; defesa em face do próprio sistema penal (contenção e redução do seu campo de intervenção) e defesa “*através* do direito penal, na medida em que, no momento, pode ser ainda considerado como uma resposta alternativa face a falta de alternativas para resolver os problemas sociais”.¹⁵⁵

2.3.3 Eugenio Raúl Zaffaroni: Minimalismo ou Abolicionismo?

Poder-se-ia afirmar que, haja vista as suas preocupações com o princípio da dignidade da pessoa humana e o respeito mínimo à humanidade, o abolicionismo (ou minimalismo mediato) de ZAFFARONI insere-se em uma concepção *histórico-humanista*.

¹⁵³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal**. p. 201.

¹⁵⁴ BARATTA, A. Obra citada. p. 202. “Trata-se de dirigir os mecanismos de reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada”.

¹⁵⁵ BARATTA, A. Obra citada. p. 222.

Aflito com as consequências nefastas que o sistema penal – *instrumento de dominação neocolonial*¹⁵⁶ – vem produzindo na América Latina – genocídio e etnocídio¹⁵⁷ – defende a deslegitimação do sistema penal: “uma peça chave para escapar do perigo de um tecnocolonialismo genocida é o manejo e controle do sistema penal, neutralizando-o como instrumento deste novo colonialismo”.¹⁵⁸

Nesse diapasão, o autor portenho alerta para a incompatibilidade entre o exercício de poder dos sistemas penais periféricos e a ideologia dos direitos humanos; denuncia a prisão como uma *máquina deteriorante* e as agências executivas como *máquinas de policiar*.¹⁵⁹

Contrariando a utilização dos direitos humanos como *ideologia instrumental*, afirma que, na verdade, estes instrumentos devem ser reconhecidos como uma *ideologia programática para toda a humanidade* devendo *realizar-se como transformação social – programa de longo alcance para a humanidade* – e, obviamente, como transformação também individual,¹⁶⁰ sob pena de banalização.

Assevera, portanto, a dificuldade prática em transformar o discurso em algo factível, denunciando a impossibilidade e a *insensatez histórica*¹⁶¹ e de uma *expropriação* do direito da vítima praticada pelos sistemas penais.

Por intermédio de uma investigação histórica, o doutrinador portenho passa a assimilar os conceitos e as transformações históricas enquanto consequências da revolução mercantil e da formação dos estados nacionais, responsáveis pela expropriação dos *direitos da vítima* – sistema penal balizado em um exercício de poder verticalizante e centralizador.

Com base nessas premissas, ZAFFARONI proclama a deslegitimação do sistema penal e sua gradual substituição por outros mecanismos (informais) de

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. p. 146.

¹⁵⁷ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 118-119. Nas lições do mestre argentino: “O colonialismo e o neocolonialismo foram dois momentos diferentes – mas igualmente cruéis – de genocídio e etnocídio. (...) Atualmente, encontramos-nos na terceira revolução tecnológica com consequências plantarias: a *revolução tecnocientífica*.”

¹⁵⁸ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 123.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 135/143.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 148/149.

¹⁶¹ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 148-149. “Comparável com a insensatez que pretende a futura existência de um sistema penal que, com a estrutura de qualquer um dos atuais, se inspiraria no princípio da igualdade, quando sabemos que a operatividade seletiva é da essência de qualquer sistema penal.”

solução de conflitos, haja vista, sobretudo, a constatação de que o exercício do poder penal *constitui a peça chave do extermínio brutal*.¹⁶²

O professor argentino destaca para a necessidade de uma *resposta marginal*¹⁶³ *como imperativo ético*, afirmando que, quem atua em uma agência do sistema penal (nas regiões periféricas) e, em especial quem atua nas agências reprodutoras de ideologia (universidades) quando da reprodução do discurso de justificação do sistema penal formulado por estas agências, tem a missão de enfrentar a questão da deslegitimação do sistema penal.¹⁶⁴

É uma *imposição ou imperativo de consciência*, seja em razão da violência praticada pelos sistemas penais, seja pela sua atuação no contexto social. Afirma que na região marginal o desempenho de tal função é uma circunstância que deve ser entendida como *milagrosa*.

Nas lições do autor:¹⁶⁵

Ser juiz ou catedrático na América Latina significa haver ultrapassado, previamente, muitos riscos: haver nascido (isto é, não ter sido abortado), haver sido alimentado adequadamente, haver superado ou escapado das doenças infantis com seqüelas incapacitantes, haver conseguido alfabetizar-se e, ainda mais, haver ascendido aos níveis médio e superior do ensino, haver escapado das ameaças à vida adulta que os fenômenos naturais catastróficos representam, a violência política e não política, não haver 'desaparecido', etc., e outro sem-número de fatores cujo conjunto compõem o *milagre* que coloca tal indivíduo numa situação *extremamente privilegiada*.

ZAFFARONI visa um *mínimo efetivamente possível de poder* balizado na constatação de que no plano real ou social resta demonstrado suficientemente que o exercício de poder do sistema penal é desnecessário.

A orientação teórica de ZAFFARONI, como se pode constatar é preponderantemente abolicionista; no entanto, haja vista a necessidade de viabilizar

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. p. 153.

¹⁶³ ZAFFARONI emprega ao vocábulo marginal quatro sentidos: a) para demonstrar a localização geográfica da América Latina (concebida em uma posição periférica em relação aos *países centrais*). Nesse sentido, *marginal* conota *periférico*; b) um segundo significado é utilizado para destacar a *relação dependência* que os países periféricos têm em relação ao poder central; c) o último sentido é enquanto marginalização, ou seja, aquelas pessoas colocadas à margem da sociedade pelos mecanismos de poder; d) quarto e último significado significa uma complexa conceituação do universo urbano diretamente atingido *pelos albores do tecnocolonialismo*, a identidade de uma situação concretamente generalizada no *plano cultural em razão de o colonialismo, o neocolonialismo e o tecnocolonialismo* incidente a qual determina a origem de uma configuração de todos os povos latino-americanos que sofreu a estigmatização da *marginalização*. ZAFFARONI, E. R. Obra citada.

¹⁶⁴ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 153.

¹⁶⁵ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 153.

as propostas de abolição e torná-las “operacionalizáveis”, sobretudo quando integradas à realidade da periferia, o autor volta-se ao minimalismo com o fito de nos conduzir à *utopia do factível*.

Haja vista, sobretudo, a íntima¹⁶⁶ relação entre os movimentos abolicionistas e minimalistas há uma efetiva dificuldade de se enquadrar a doutrina de ZAFFARONI em um ou outro movimento.

A respeito dessa polêmica, importante avaliar o posicionamento do autor¹⁶⁷:

Em nossa opinião, o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘unfinished’ de Mathiesen e não como um objetivo “fechado” ou “aberto”.

O direito penal mínimo – intervenção mínima – é concebido como tática¹⁶⁸, uma renúncia à violência engendrada pelo modelo punitivo a qual atuaria através da descriminalização, da ‘diversion’ e do princípio da oportunidade da ação penal:

Embora este conceito seja precisado adiante, é possível afirmar que, por ora, a tendência à intervenção penal mínima como tática de diminuição progressiva da intervenção penal só é administrada à medida que os conflitos sejam subtraídos da programação decisória pelo modelo punitivo para proporcionar-lhe outra solução – via um modelo diferente de solução de conflitos (reparador, conciliatório, etc.) – ou para deixá-lo à mercê de instâncias informais.

Por estas razões e, haja vista, sobretudo, a intenção do mestre portenho em factibilizar o deslegitimação do sistema penal através de propostas viáveis, optou-se por analisar a doutrina de ZAFFARONI dentre os minimalistas, advertindo-se que, a corrente minimalista empregada é aquela que importa no direito penal mínimo como meio a um fim específico – a abolição do sistema penal.

As características dos pensamentos de BARATTA e ZAFFARONI deixam clara a relação de seu abolicionismo/minimalismo com o marxismo. Aponta-se

¹⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do sistema penal. p. 479. “A oposição abolicionismo x minimalismo e o correlato posicionamento a favor ou contra é equivocado e, até certo ponto uma falsa questão”. Segundo a autora, o “abolicionismo e o minimalismo não podem ser encerrados numa dicotomia ou bipolarização estática”, haja vista, sobretudo, partirem do mesmo ponto – denúncia da deslegitimação do sistema penal.

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. p. 106.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, E. R. Obra citada. p. 177.

também como suporte teórico às concepções abolicionistas o jusnaturalismo, ou seja, o desapego ao direito positivo e ao poder estatal.

O minimalismo almeja buscar respostas ao direito penal tradicional – caráter eminentemente público e intervenção violenta – e tem o condão de flexibilizar o conteúdo público da solução de conflitos através de algumas propostas salutaras, como a (re)integração da vítima no sistema penal.

Segundo as propostas minimalistas o Direito penal deve ceder espaço a outros mecanismos estatais (direito privado) de controle, o que poderia apontar no sentido da retirada do caráter público do direito penal. Não obstante, a noção de intervenção penal mínima segundo os apontamentos ora realizados, somente é admitida como etapa de evolução do projeto abolicionista penal.

O minimalismo de ZAFFARONI tem como viga mestra a operacionalização dos direitos humanos – resposta marginal por uma via jus-humanista – retirando-os do campo programático e ideológico para a realização efetiva da igualdade de direitos. Contudo, o autor assevera seu pessimismo acerca do futuro do direito penal: “acreditamos estar destruída a ilusão de que, em nebuloso futuro, a realidade operacional do sistema penal se adequará ao juridicamente programado, observando-o restritamente”.¹⁶⁹

Não obstante as considerações do minimalismo penal, com base em uma concepção garantista, não é possível pensar-se em um afastamento gradual do direito penal, pois “pensar no desaparecimento do direito penal supõe também pensar no desaparecimento da ordem política-estatal contemporânea”.¹⁷⁰

As propostas minimalistas devem ser entendidas enquanto alternativas factíveis ao direito penal tradicional, sobretudo no que tange às políticas de despenalização – principalmente a substituição da pena privativa de liberdade – descriminalização – seja a retirada das ações do âmbito jurídico ou sua transferência a outros ramos do direito – e, finalmente, a desinstitucionalização, naquelas hipóteses em que a atuação estatal mostre-se desnecessária e, em muitos casos, inclusive um entrave.

¹⁶⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. p. 158.

¹⁷⁰ YACOBucci, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal tradicional**. p. 69.

Uma alternativa preconizada diante da constatação da crise de legitimação do sistema penal em contraposição a sua (re)legitimação tem sido o *direito penal mínimo* como uma ferramenta garantista

2.4 TEORIA GARANTISTA

Conforme anteriormente tratado, o minimalismo divide-se em duas vertentes principais as quais se diferenciam entre si pela forma de utilização dos argumentos minimalistas: como um meio para o abolicionismo e, portanto, para a deslegitimação do sistema penal ou, por outro lado, como um fim, ou seja, o minimalismo como uma das ferramentas de (re)legitimação da intervenção penal.

A teoria garantista tem o desiderato relegitimador do sistema penal, mas mantém como limite intransponível a observância ao direito penal mínimo, como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.

ROCHA¹⁷¹ assevera que Ferrajoli defende a abolição da segregação à liberdade “quando esta for excessiva e desnecessariamente aflitiva (...) (e impõe a tarefa de) limitar as proibições penais às exigências da tutela de um Direito penal configurado em suas mínimas proporções”. DALABRIDA¹⁷² preconiza que a pauta garantista dispõe uma intervenção mínima com a máxima observância às garantias:

Sem professar a radical eliminação do direito de punir, a teoria garantista propõe a construção de um modelo para sua justificação e, concomitantemente, para a deslegitimação não do Sistema Penal, mas de normas e práticas penais e processuais concretas. Assim, o programa garantista é projetado para conter o manejo arbitrário do poder punitivo pelo Estado, neutralizando-o, quando em contraste com as normas superiores de proteção a Direitos Fundamentais, ajustando enfim seu exercício às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, voltado fundamentalmente para a defesa da dignidade da Pessoa Humana (...).

FERRAJOLI parte da divergência entre o plano normativo infraconstitucional e sua (in)efetividade quando em comparação com as previsões constitucionais. Referida desarmonia seria responsável pela atuação meramente ideológica da carta

¹⁷¹ ROCHA, Fernando Galvão da. **Direito Penal**. Curso Completo. Parte Geral. p. 52.

¹⁷² DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva. Uma análise à luz do Garantismo Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2004. p. 22.

da república enquanto que o garantismo atuaria como uma resposta ao desenvolvimento crescente de tal diversidade.¹⁷³

O doutrinador italiano esclarece que o termo garantismo possui três significados diversos. Em primeiro lugar¹⁷⁴, a acepção “garantismo” expressaria:

um **modelo normativo de direito** precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracterizaria como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracterizaria como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e à maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantias dos direitos dos cidadão. É, conseqüentemente, ‘garantista’ todos sistema penal que **se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente**. (grifei)

Através da construção do *modelo garantista* será possível avaliar, em cada ordenamento penal, os diversos graus de garantismo, que serão os mais elevados conforme haja a previsão constitucional de garantias bem como a prática efetiva e concreta desse programa de princípios.

O segundo significado do termo *garantismo* está relacionado à uma *teoria jurídica* da validade¹⁷⁵ (plano normativo) e da efetividade (plano concreto) a qual exprime uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ e o ‘dever ser’ *no* direito;¹⁷⁶ uma teoria hábil a fundar, precisamente, uma *teoria da divergência* entre normatividade e realidade. Entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigente.¹⁷⁷

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 785.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, L. Obra citada. p. 785/786.

¹⁷⁵ A noção positivista de validade está relacionada diretamente com a vigência, ou seja, conota a existência jurídica da norma – concepção puramente formal de validade. Nesse sentido servem de esclarecimento as lições de: BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135. “A *validade* de uma norma jurídica indica a qualidade de tal norma segundo a qual existe na esfera do direito ou, em outros termos, existe como norma jurídica. Dizer que uma norma jurídica é *válida* significa dizer que tal norma faz parte de um ordenamento jurídico real, **efetivamente existente em uma dada sociedade**”. (grifei)..

¹⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 235/236. Para o autor, a relação entre validade e eficácia diz respeito à integração da norma em um dado ordenamento jurídico – conformidade com as demais normas: “A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. (A teoria positivista estaria entre dois extremos, um) representado pela tese de que, entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente indiferente de sua eficácia. O outro extremo é a tese de que a validade do Direito é completamente independente da sua eficácia.(...) A **solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é**: assim como a norma de dever ser, como sentido do ato de ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o

CADEMARTORI¹⁷⁸ sintetiza o que denomina de *pano de fundo teórico-geral do garantismo*, ou seja, a salutar distinção entre justiça, vigência, validade e eficácia:

- a) uma norma é 'justa' quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico);
- b) uma norma é 'vigente' quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito;
- c) uma norma é 'válida' quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior;
- d) uma norma é 'eficaz' quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação);

Com a formação dos Estados constitucionais de Direito, portanto, a concepção formal passa a ser insuficiente, há normas que, apesar de formalmente válidas, possuem uma invalidade intrínseca quando avaliada com espreque nos parâmetros constitucionais.

Derradeiramente, o terceiro sentido designa “uma *filosofia política* que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”.¹⁷⁹

A relação entre a teoria geral do garantismo e a filosofia política é engendrada pela laicização do direito, formulada pelo pensamento iluminista e conseqüentemente recepcionada pelo positivismo jurídico, responsável pela separação entre direito – como ele é – e a moral – o direito como deve ser.¹⁸⁰

Na verdade, o significado *teórico* da doutrina da cisão entre direito e moral identifica a necessidade de legitimação formal interna do poder punitivo – princípio da legalidade (sentido lato e estrito).

ato que estabelece a norma condição de validade.(...) A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condições de validade.” (grifei)

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 786.

¹⁷⁸ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 79/80.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 787.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, L. Obra citada. p. 205. O penalista italiano esclarece que “por meio da fórmula ‘separação do direito e da moral’ pode-se compreender duas coisas diversas, dependendo da utilização desta em sentido *assertivo* ou *prescritivo*. No primeiro caso, a fórmula é uma tese teórica sobre a autonomia dos juízos jurídicos em relação aos juízos ético-políticos, que interessa, sobretudo, ao *problema jurídico* da legitimação *interna* ou da *validade*. No segundo caso, a mesma constitui um princípio normativo sobre a diversidade das funções e a conseqüente autonomia das normas jurídicas daquelas morais, que diz respeito, essencialmente, ao *problema político* da justificação *externa* ou da *justiça*.”

FERRAJOLI¹⁸¹ destaca que o significado axiológico, por sua vez:

desta doutrina refere-se às *condições substanciais* da legitimação externa, que a mesma excluir possam ser satisfeitas mediante critérios meramente jurídicos ou internos, requerendo, para os custos produzidos pelas proibições, pelos processos e pelas penas, o ônus de específicas justificações de caráter ético-político ou externo.

A concepção filosófico-política do garantismo permite as considerações acerca da deslegitimação das instituições jurídicas, como um critério de legitimação externa do sistema normativo (valores extra-ordem jurídica).

CARVALHO¹⁸² avalia o aporte garantista e a concepção filosófico-política:

se o primeiro arcabouço teórico (teoria das normas e teoria do Estado) permite o estudo da validade das leis e decisões dos poderes, o segundo (teoria política) viabiliza critérios de justiça do próprio sistema, operando a deslegitimação ético-política do direito e do Estado.

Efetivamente, o modelo penalístico garantista, preconizado por Luigi Ferrajoli, avalia o poder punitivo através de três eixos de análise: (a) ponto de vista filosófico ou epistemológico, com o fito de impor limitações ao arbítrio estatal; (b) plano político ou axiológico, avalia os limites (qualitativos e quantitativos) da ingerência estatal na esfera de liberdade dos cidadãos; e, finalmente (c) o enfoque jurídico ou normativo, através da construção de uma coerência entre o sistema penal positivo e o ordenamento constitucional bem como a construção de um referencial teórico balizado em uma principiologia superior.

2.4.1 Fundamentos de um Sistema Punitivo Democrático

A configuração do Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito – fundado na tutela dos direitos fundamentais – e, sobretudo a assunção de Estado (do Bem-estar) Social realizada pela Constituição da República tem entrado em

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 787.

¹⁸² CARVALHO, Salo de: **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 111.

choque com a atual problemática da sociedade globalizada e da concepção neoliberal.

THUMS¹⁸³, a respeito dos direitos fundamentais e seu papel na teoria garantista preconiza que:

Para Ferrajoli, os direitos fundamentais apresentam quatro diretrizes: a) distinção radical de estrutura entre os direitos fundamentais (atinge a todos) e direito patrimoniais (atinge os titulares e excluem os demais); b) revelação de uma dimensão substancial da democracia por corresponderem a interesses de todos, formam o fundamento e o parâmetro de igualdade jurídica; c) caracterização da natureza supranacional da maioria dos direitos fundamentais; d) necessidade de relacionamento entre direito e garantias, na medida em que correspondem a expectativas positivas (de obrigação ou de prestação) ou negativas (de proibição ou de abstenção de lesão).

A Constituição Federal estabelece em seu texto alguns critérios norteadores do Estado brasileiro. Pode-se afirmar, como principal vetor a relevância concedida à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) – fundamento do Estado – bem como a preponderância concedida aos direitos humanos (art. 4º, inciso II).

Com o desiderato de construir um Estado social máximo provedor das necessidades da população para a redução das desigualdades sociais, a Carta Magna brasileira asseverou diversos direitos sociais e coletivos, elencados nos art. 6º e 7º, paralelos às garantias fundamentais – estado liberal mínimo.

Por essas razões, CADEMARTORI¹⁸⁴, afirma que:

o garantismo redefine o conceito de democracia: é chamada *democracia substancial ou social* o 'estado de direito' munido de garantias específicas, tanto liberais, quanto sociais; sendo que a *democracia formal ou política* será o 'estado político representativo', isto é, baseado no princípio como fonte de legalidade. (...) Democracia social e estado social de direito formam um todo único no projeto garantista: ao mesmo tempo deve corresponder a um *estado liberal mínimo* (pela minimização das restrições das liberdades dos cidadãos) e *estado social máximo* (pela maximização das expectativas sociais dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-los por parte do estado).

As exigências da sociedade moderna têm demonstrado o abismo entre a previsão formal de igualdade e a concretização desses direitos sociais, quedando-se o Estado atual a avalizar exclusivamente as garantias liberais negativas: vida, propriedade privada, liberdade e igualdade (formal).

¹⁸³ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2006. p. 108.

¹⁸⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. p. 161.

Nos ensinamentos de DALLA-ROSA¹⁸⁵:

Surge, espontaneamente, no discurso garantista, a distinção entre democracia formal (enquanto forma de exercício do poder) – que se caracteriza pela representatividade, baseada no princípio da maioria como fonte de legalidade; e substancial – como estado possuidor de garantias efetivas (quer liberais, quer sociais). Assim, o garantismo seria a base de uma democracia substancial, ou seja, que tivesse como objetivo o enriquecimento e o aperfeiçoamento do cidadão, enquanto indivíduo, e para tanto, respeitando não só a integridade e unidade do indivíduo (*direitos de*), como buscando diminuir e efetivar condutas de igualização entre indivíduos (*direitos a*).

“Concebida a democracia em termos substanciais, o Estado de Direito deve oferecer garantias tanto ao desenvolvimento das liberdades individuais como aos interesses sociais e vitais de todos”.¹⁸⁶

Constatada a crise dos atuais sistemas penais – fundamentos filosóficos, políticos e jurídicos alicerçados na formulação iluminista de limitação do poder estatal – FERRAJOLI concebe a teoria do garantismo penal, tendo como desiderato a tutela dos direitos fundamentais – valores, bens e interesses justificadores da existência do Direito e do Estado – através da redução do poder punitivo e do incremento das garantias e liberdades individuais.

CADEMARTORI¹⁸⁷ observa a distinção garantista entre Direitos Fundamentais e garantias:

os direitos de liberdade, aos quais correspondem as proibições ao estado, não têm conteúdo pré-determinado (...) o que é determinado são os limites para o seu exercício (...) ou as condições que legitimam a sua limitação. Já nos direitos sociais são determináveis os conteúdos, mas não os limites. (...) E é pelo grau e quantidade das garantias adscritas a esses direitos que se pode medir a qualidade de uma democracia. (...) Já as garantias são consideradas por esta teoria como técnicas de limitação da atuação do estado no que respeita aos direitos fundamentais de liberdade e técnicas de implementação daquela mesma ação no que diz respeito aos direitos sociais.

Isto posto, pode-se afirmar que um dos objetivos da teoria do garantismo penal é estabelecer os elementos fundantes de um sistema punitivo democrático.

Para FERRAJOLI, a factibilização de um sistema punitivo democrático depende que se assegure "o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo

¹⁸⁵ DALLA-ROSA, Luiz, Vergílio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 81.

¹⁸⁶ ROCHA, Fernando Galvão da. **Direito Penal**. Curso Completo. Parte Geral. p. 59.

¹⁸⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. p. 85.

e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade".¹⁸⁸

Segundo as lições do penalista italiano, assegura-se esse sistema através de duas barreiras claras, no âmbito penal e processual penal, respectivamente: o convencionalismo penal – associado à legalidade estrita¹⁸⁹ – e o cognitivismo processual – associado à jurisdicionalidade estrita.

O primeiro estaria relacionado diretamente à atividade legislativa – descrição taxativa das ações delitivas – enquanto que o segundo impediria o arbítrio do órgão jurisdicional – através da imposição de juízos cognitivos.

A racionalidade no aporte garantista, nesse primeiro momento, atua como um linde imposto ora ao juiz, ora ao legislador.

FERRAJOLI denuncia os sistemas autoritários, destacando como um dos primeiros elementos autoritários o substancialismo penal, ou seja, a "desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados (desvio punível)"¹⁹⁰.

Para o autor, o sistema penal tem se utilizado de tipos penais indeterminados, penalizações de condutas meramente morais e contínuo uso de tipos de autor, expedientes violadores da racionalidade que deve estar presente no momento de elaboração normativa – princípio da legalidade.

Na esfera processual penal, FERRAJOLI assevera para as conseqüências desastrosas do decisionismo penal – subjetividade do juízo – haja vista, sobretudo, a "ausência de referências fáticas determinadas com exatidão (...) resulta(ndo) a sentença mais de valorações, diagnósticos e suspeitas subjetivas (a respeito da personalidade do autor) do que de provas de fato".¹⁹¹

Nesse diapasão é salutar a distinção realizada entre a verdade real (absoluta) – tomada como um princípio processual penal segundo o senso comum teórico – fundador da autoridade da decisão penal e a verdade processual, de cunho garantista, baseada na verificabilidade (ou não) dos fatos apresentados.

¹⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 30.

¹⁸⁹ Tratada em item no cap. 2º. "Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha provado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu". FERRAJOLI, L. Obra citada. p. 33.

¹⁹⁰ FERRAJOLI, L. Obra citada. p. 35.

¹⁹¹ FERRAJOLI, L. Obra citada p. 36.

A respeito da legitimação da intervenção penal, FERRAJOLI pugna que seja trabalhada a questão de acordo com uma relação entre os custos¹⁹² – restrições à liberdade individual – e objetivos da intervenção penal – reprimir o delito.

Tendo-se em conta que o direito penal constitui a mais violenta manifestação do poder estatal sobre a liberdade individual, a justificação racional do sistema punitivo exige que a atuação do aparelho repressivo esteja condicionada à sua extrema e salutar necessidade.

Essa subsidiariedade do direito penal provém de uma noção utilitarista (utilitarismo reformador) a qual imporá dois limites claros: destituir o aparelho repressivo quando se mostrar a alternativa mais drástica (dor) e empregá-lo quando haja *utilidade social*.

2.4.2 Os Princípios do Sistema Garantista: Direito Penal Mínimo x Direito Penal Máximo

Com o desiderato de construir argumentos de justificação do Direito e do Processo Penal, Ferrajoli propõe doze interrogações, a saber: **se, por quê, quando e como castigar (justificação da pena); se, por quê, quando e como proibir (justificação dos delitos); se, por quê, quando e como julgar (justificação do processo)**. As perguntas relativas ao **se** e ao **por quê** referem-se à **justificação externa** – obtida a partir da verificação de princípios normativos externos ao direito positivo (justiça do Direito penal) e as relativas ao **como** e **quando**, à **justificação interna** – viabilizada a partir de princípios normativos internos ao ordenamento jurídico (validade do Direito penal).¹⁹³

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 89. Cumpre ressaltar que o autor adverte que os **custos** são suportados por todos, inocentes e culpados: “A falta de correspondência entre culpados, processados e condenados, e, em particular, a ‘cifra de injustiça’, formada pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do direito penal. Se, com efeito, os custos da justiça e aqueles opostos da ineficiência podem ser, respectivamente, justificados em modo positivo, ou tolerados com base em doutrinas e ideologias de justiça, os custos da injustiça, por seu turno, são, neste diapasão, injustificáveis, consentindo ao direito penal que os produz apenas uma justificativa eventual e negativa, ancorada nos custos maiores que, hipoteticamente, a falta de um direito penal e das suas garantias acarretaria”.

¹⁹³ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 10/11.

Para formular um modelo de legitimação do Direito penal – sistema garantista (SG) – calcado na racionalidade e na limitação do poder, FERRAJOLI adota dez máximas – *cadeia principiológica*¹⁹⁴ – que incorporam os postulados que um sistema penal deve satisfazer para sua justificação e que dizem respeito ao **proibir**, ao **castigar** e ao **julgar**. Essas máximas estão assim enumeradas por Ferrajoli¹⁹⁵:

A1 – *Nulla poena sine crimine* (retributividade)

A2 – *Nullum crimen sine lege* (legalidade, nos sentidos estrito e lato)

A3 – *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (necessidade)

A4 – *Nulla necessitas sine injuria* (lesividade ou ofensividade do evento)

A5 – *Nulla injuria sine actione* (materialidade)

A6 – *Nulla actio sine culpa* (culpabilidade ou responsabilidade pessoal)

A7 – *Nulla culpa sine iudicio* (jurisdicionalidade)

A8 – *Nullum iudicium sine accusatione* (acusatoriedade ou separação entre juiz e acusação)

A9 – *Nulla accusatio sine probatione* (ônus da prova)

A10 – *Nulla probatio sine defensione* (contraditório e defesa)

Ferrajoli divide o sistema garantista em garantias penais – instrumentalizadas pelos princípios: da *retributividade* ou da conseqüencialidade da pena em relação ao delito; da *legalidade*, no sentido *lato* ou no sentido *estrito*; da *necessidade* ou da economia do direito penal; da *lesividade* ou da ofensividade do evento; princípio da *materialidade* ou da exterioridade da ação; da *culpabilidade* ou da responsabilidade pessoal; e processuais penais – afiançadas pelos seguintes primados: princípio da *jurisdicionariedade*, também no sentido *lato* e no sentido *estrito*; princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação; princípio do *ônus*

¹⁹⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. p. 88. "A cadeia principiológica elaborada pelo autor serve como instrumento avaliativo de toda incidência do sistema penal, desde a elaboração da norma pelo legislativo até a irrogação da pena. Viabiliza ao intérprete uma principiológica adequada para legitimação/deslegitimação de todo o espectro teórico sistemático da atuação penal: da teoria da norma (princípio da legalidade, princípio da necessidade e princípio da lesividade) à teoria do delito (princípio da materialidade e princípio da culpabilidade) e da teoria da pena (princípio da retribuição jurídica), bem como da teoria processual (princípio da jurisdicionalidade, princípio da presunção de inocência, princípio acusatório, princípio da verificabilidade probatória, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa). Tais princípios correspondem às 'regras do jogo' do direito penal no interior dos Estados democráticos de direito e, dado ao fato de sua gradual incorporação constitucional, conformam vínculos formais e materiais de validade jurídica das normas penais e processuais penais".

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 35.

da prova ou da verificação; princípio do *contraditório* ou da defesa, ou da falseabilidade.

“Tais princípios correspondem às ‘regras do jogo’ do direito penal nos Estados democráticos de direito e, em decorrência de sua gradual incorporação nos textos constitucionais, conformariam vínculos formais e materiais de validade das normas e decisões”.¹⁹⁶

As máximas e as relações entre as máximas¹⁹⁷ do sistema garantista têm por objetivo adequar o sistema punitivo a um conceito de Estado de direito, ou seja, “um tipo de ordenamento no qual o poder público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual”.¹⁹⁸

Com base do sistema garantista, assevera o autor, pode-se falar em ordenamento baseado no direito penal mínimo – quando mais próximo estiver do asseguramento das referidas garantias – ou no direito penal máximo (autoritário) – localizado diametralmente oposto e distante do sistema garantista.

Nada obsta, no entanto, a coexistência nociva – no que tange à efetividade do sistema penal – das duas tendências em um mesmo ordenamento jurídico¹⁹⁹:

Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira os níveis normativos superiores, e a outra, os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos.

A diferença entre os sistemas estaria que, para o modelo máximo, a exigência da certeza se dá para que “nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido”;²⁰⁰ enquanto que no

¹⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. p. 85.

¹⁹⁷ Os teoremas derivados das máximas compreendem todas as possíveis relações dos axiomas, de onde derivam as afirmações: A11 – *Nulla poena sine lege*; A12 – *Nulla poena sine necessitate*; A13 – *Nulla poena sine injuria*; A14 – *Nulla poena sine actione*; A15 – *Nulla poena sine culpa*; etc; A21 – *Nullum crimen sine necessitate*; A22 – *Nullum crimen sine injuria*; A23 – *Nullum crimen sine actione*; A24 – *Nullum crimen sine culpa*; e assim por diante.

¹⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 83. (ou das formas processualmente vinculantes).

¹⁹⁹ FERRAJOLI, L. Obra citada. p. 83.

²⁰⁰ FERRAJOLI, L. Obra citada. p. 84.

modelo mínimo, a atuação estatal se dá no sentido de que “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”.²⁰¹

FERRAJOLI²⁰² relaciona referido sistema da seguinte forma: *direito penal mínimo e racionalismo jurídico e direito penal máximo e irracionalismo jurídico*:

O modelo garantista descrito em SG apresenta as dez condições, limitações ou proibições que identificamos como garantia do cidadão contra o arbítrio do poder punitivo, (podendo) ser identificado como o modelo de *Estado de direito*, entendendo por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes). (Os modelos autoritários), ao contrário, servem para configurar sistemas de controle penal próprios do *Estado absoluto* ou *totalitário*, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou ‘totais’, quer dizer, não disciplinadas pela lei e, portanto, carentes de limites e condições.

A teoria garantista apóia-se em princípios superiores limitadores das arbitrariedades conduzidas pelo exercício do poder estatal. A validade de um dado ordenamento jurídico estaria condicionada à observância dos referidos ditames – disciplinados nos textos constitucionais – bem como o império dos Direitos fundamentais – polarizados na dignidade da pessoa humana.

Do respeito à dignidade da pessoa humana decorre o princípio da não-violência, que estabelece fundamental limite à intervenção repressiva estatal. (...) deve(ndo) materializar o uso controlado da força, nunca um ato violento contra o indivíduo. Na perspectiva da dignidade da pessoa humana, as normas jurídico-penais não deixam de ter função meramente protetiva do bem jurídico para adquirir função limitativa do poder punitivo estatal.²⁰³

O Estado de Direito encontra justificação a partir de uma abordagem racionalista subjetivista iluminista herdada da modernidade. São conseqüências dessa fundamentação teórica o primado da lei – geral, anterior, taxativa e abstrata – a crença no estabelecimento de um contrato social – da onde advém os princípios da autonomia individual (culpabilidade) e a teoria retributiva da pena – e nas conseqüências da sua violação.

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 85. Nota-se a diferença no que tange à maior ou menor observância ao princípio da presunção de inocência.

²⁰² FERRAJOLI, L. Obra citada. p. 101.

²⁰³ ROCHA, Fernando Galvão da. **Direito Penal**. p. 62.

“Assim, percebe-se claramente um programa de intervenção penal limitada cuja centralidade é a tutela dos direitos fundamentais do homem contra os poderes irracionais, tanto públicos (Estado) como privados (terceiros)”.²⁰⁴

2.4.3 Garantismo e Constitucionalização do Direito Penal

Com o intento de controlar a intervenção (penal) estatal, a Constituição tem um papel fundamental, mas não segundo uma concepção meramente positivista-formalista que atribua à Carta Constitucional o *status* de norma suprema, nem tampouco uma visão jusnaturalista de que os direitos ali consagrados constituem direitos pré-políticos.

Ademais, a Constituição da República operou o fenômeno da *constitucionalização dos Direitos Fundamentais* ao incorporá-los no texto constitucional, promovendo, além das garantias individuais, os direitos sociais e coletivos.

Em que pese a previsão garantista da Constituição da República, o hiato entre a normatividade constitucional – práticas legislativas, jurisdicional e democrática – e a (in)efetividade infraconstitucional e prática é uma constante no direito penal brasileiro.

O Código Penal de 1940 foi elaborado com nítida influência do então Código Penal italiano (Código Rocco), de índole fascista, extremamente rigoroso e autoritário e que teria o condão, através de um “tecnicismo jurídico” de encobrir a sua verdadeira ideologia. A adoção do sistema duplo binário – possibilidade a aplicação de pena e medida de segurança indeterminadas – é exemplo do modelo, “desemboca(ndo) numa clara deterioração da segurança jurídica (além de) converte(r)-se num instrumento de neutralidade de ‘indesejáveis’, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada”.²⁰⁵

A codificação penal brasileira de 1940 no que tange, sobretudo, à (des)proporcionalidade entre as penas, conferiu extrema importância aos delitos

²⁰⁴ CARVALHO, Salo de: **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. p. 56.

²⁰⁵ ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 213.

contra o patrimônio. Essa configuração tem servido de argumento para a crítica da Criminologia Radical que denuncia a atuação seletiva da legislação penal, ou seja, como um mecanismo de perpetuação das relações de poder e manutenção dos sistemas capitalistas.²⁰⁶

Em 1984, a parte geral do Código Penal é aperfeiçoada através de uma reforma que introduz uma nova linha política-criminal, em maior harmonia com os Direitos Humanos. Entretanto, por mais paradoxal que possa parecer, a legislação penal de emergência produzida posteriormente à Constituição garantista tem ignorado essa estruturação principiológica, destacando-se pela construção de um direito penal do terror, meramente simbólico, fruto do atuar midiático.

Furtando-se dos valores constitucionalmente consagrados, o exercício jurisdicional e administrativo (polícia) tem se pautado, no mais das vezes, em práticas ilegítimas, em total menosprezo ao primado da dignidade da pessoa humana, aliando-se à legislação infraconstitucional severa e autoritária.²⁰⁷

Com base na construção garantista de FERRAJOLI, STRECK²⁰⁸ aborda a necessidade de qualquer norma infraconstitucional passar pelo *processo de*

²⁰⁶ SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte Geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumem Juris, 2008. p. 10/11. “Assim, através das definições legais dos crimes e das penas o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas, **incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação de riqueza material, concentrada na área da criminalidade patrimonial comum**, características das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência animal: os tipos legais de crimes fundados em *bens jurídicos* próprios das elites econômicas e políticas da formação **garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais**”. (grifei)

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *A filtragem hermenêutico-constitucional do direito penal: um acórdão garantista*. p. 134. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 1. Jurisprudência Comentada. p. 132. “Em nosso País, não há dúvida de que, sob a óptica do Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social –, ocorre uma desfuncionalidade (que para o establishment é a sua própria funcionalidade) do Direito e das instituições encarregadas de aplicar a lei. A dogmática jurídica brasileira está assentada em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade. Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem desse Direito produto de um modo (modelo) liberal-individualista-normativista de produção de direito”.

²⁰⁸ STRECK, L. L. Obra citada.. Na citação o autor faz referência a uma nota, onde esclarece seu entendimento acerca da teoria garantista: “Entendo o garantismo como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito. Como tipo ideal, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do Direito. É evidente que o garantismo não se constitui em uma panacéia para a cura dos ‘males’ decorrentes de um Estado Social que não houve no Brasil, cujos reflexos arrasadores deve(ria)m indignar os lidadores do Direito. O que ocorre é que, em face da aguda crise do positivismo jurídico-normativista, não se pode desprezar um contributo para a operacionalidade do Direito do porte do garantismo, que prega, entre outras coisas, que a Constituição (em sua totalidade) deve ser o paradigma hermenêutico de definição do que seja uma norma válida ou inválida (e isto, embora seja óbvio, não tem, ainda, a necessária repercussão no imaginário dos juristas brasileiros), propiciando toda uma filtragem das normas infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem sua validade em face da Lei Maior. Dito de outro modo, o garantismo não significa um retorno a um ‘Estado bom’ que já houve. Nos países avançados da Europa,

contaminação constitucional, ou seja, avaliar a validade, como uma questão primária e a vigência apenas secundariamente:

sob os auspícios da teoria garantista, torna-se necessário realizar uma filtragem das normas penais-processuais – em sua expressiva maioria anteriores à Constituição – adequando-as ao novo fundamento de validade. Nesse sentido, adquire especial relevo a secularização do Direito promovida pelo Estado Democrático de Direito, com o que boa parcela das contravenções penais, embora vigentes, perdem a sua validade.

A *oxigenação constitucional* decorre da constatação de que o poder do Estado é praticamente incontrolável haja vista, sobretudo, o fato de ser o detentor da faculdade de elaborar as normas (penais), o que pode redundar em um exercício impróprio desse poder. Deve haver, portanto, um limite previamente estabelecido para que essa atividade seja bem desenvolvida.

Assevera MORAIS DA ROSA²⁰⁹:

o Poder Legislativo encontra, ainda, a barreira material dos *Direitos Fundamentais* em duplo sentido. Partindo-se do Direito Penal como última *ratio* (princípios da lesividade, necessidade e materialidade), a regulamentação de condutas deve se ater à realização dos Princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito, construindo-se, dessa forma, um modelo minimalista de atuação estatal que promova, de um lado, a realização destes *Princípios* e, de outro, impeça suas violações, como de fato ocorre com a explosão legislativa penal contemporânea, quer pelas motivações de manutenção do *status quo*, como pela ‘Esquerda Punitiva’.

A Constituição reclama a função de padrão hermenêutico de fixação da validade ou invalidade de uma norma, propiciando, dessa feita, toda uma filtragem das normas infraconstitucionais que, embora vigentes, perdem sua validade em face da Lei Maior.

Cabe dessa forma, estabelecer o princípio da estrita legalidade, responsável pela fundamentação material de dada norma criminalizadora. Exige-se, portanto, além do crivo formal, a subsunção do tipo à valoração social e, sobretudo, à principiologia constitucional.

beneficiários do welfare state, isso até seria possível. No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo pode servir de importante mecanismo de construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade”.

²⁰⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006. p. 134.

Com o fito de construir um arcabouço teórico facilitador da constitucionalização do Direito penal, cumpre destacar as lições de PALMA²¹⁰:

Perguntar-se-á, então, se e *como* a Constituição conforma validamente o Direito Penal. E isto inclui duas questões reciprocamente implicadas: a dos limites do Direito Penal de acordo com uma Constituição histórica; e a validade da própria Constituição Penal histórica (que pode ser reconduzida à identificação do seu conteúdo possível ou obrigatório).

Essa seria a significação de um Estado (Social e) Democrático de direito – anterior ao conceito formal de democracia²¹¹ – vinculação a um sistema de garantias inderrogáveis, vedações intransponíveis a direitos invioláveis, indisponíveis e inalienáveis – e a assunção da tarefa de minimização das desigualdades sociais (garantia social positiva). “A democracia atual, (...) é conceito que supera o conceito formal do Estado de Direito, tendendo à realização, à concretização de uma almejada justiça social”.²¹²

PASCHOAL²¹³, no que pertine aos apontamentos a respeito das Teorias Constitucionais do Direito Penal aborda as distinções entre a Teoria da Constituição como limite negativo ao poder punitivo – proibitiva da criminalização de atos permitidos pela Lei Maior – e a Teoria da Constituição como limite positivo ao Direito Penal, a qual, por sua vez, identifica-se por duas subdivisões: “a do Direito Penal

²¹⁰ PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006. p. 19.

²¹¹ PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. p. 47. Sobre a distinção do conceito de democracia sob o prisma **formal ou político** e sob o aspecto **material ou substancial** segundo FERRAJOLI: “No primeiro caso, trata-se de aplicação procedimental da regra da maioria, inerente a todo e qualquer regime democrático. No segundo aspecto, democracia significa realização de direitos fundamentais, reconhecimento das minorias, tolerância com as diferenças”.

²¹² CARVALHO, Márcia Dometilha Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 27.

²¹³ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 59. Sobre a análise do Direito Penal como espelho da Constituição: “Dizer que constitui um potencial espelho da Constituição significa que todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou do lugar que ocupe na escala de valores constitucionais”. p. 60. A autora cita, como partidários dessa corrente no direito brasileiro, Sérgio Salomão Schecaira e Alceu Correa Junior. *Pena e constituição*: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução. No que tange ao Direito Penal como instrumento de tutela a direitos fundamentais, a autora destaca que: “(...) existem autores que defendem não bastar estar albergado pela ordem constitucional para que um determinado bem seja digno de tutela penal, fazendo-se necessário que, tal qual ocorre com a liberdade, o bem a ser penalmente protegido tenha também natureza de direito fundamental”. p. 61. A autora cita, como partidários dessa corrente ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. Mais precisamente, no que tange ao cenário brasileiro, PASCHOAL destaca o entendimento de Maurício Antônio Ribeiro Lopes.

enquanto potencial espelho do texto constitucional e a do Direito Penal enquanto instrumento de tutela de direitos fundamentais”.

Sobre a possibilidade de coexistência, nos dias atuais em que a estrutura política e econômica dos Estados está delineada pelo neoliberalismo, de um Estado penal mínimo e, ao mesmo tempo garantidor (negativa e positivamente), MIR PUIG²¹⁴ esclarece que:

No hay en ello contradicción alguna: la admisión de un Estado social, que interviene para procurar *bienestar* a los ciudadanos, no obliga a postular como deseable un intervencionismo penal que *restrinja* la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección. Al contrario, en un Estado social al servicio del individuo, la intervención penal sólo se justifica cuando es absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos.

Importa, dessa forma, a utilização de parâmetros de hermenêutica, ou seja, a necessária filtragem das normas penais através dos princípios constitucionais consagradores dos direitos fundamentais, o que importa na constatação de que, a partir desse prisma, nem toda lei vigente é válida, estando condicionada a sua validade à sua coerência e conformação aos princípios que expressa ou implicitamente têm assento constitucional.

Impõe a imperatividade de se distinguir, primeiramente, os planos do direito e da moral. Devem ser também diferenciados os conceitos de validade e justiça, ser e dever-ser. No modelo garantista, a questão da validade não está vinculada somente à existência jurídica da norma ou à sua correspondência formal com as normas hierarquicamente superiores, mas também à correspondência material com essas normas – correspondem aos princípios ético-políticos incorporados ao ordenamento jurídico, positivados ou não, sobretudo no nível constitucional.²¹⁵

Pugna-se que a legitimação externa não seja desvirtuada enquanto uma ferramenta de realização dos interesses de poucos, bem como que se evite os efeitos nefastos da *judicialização da política*²¹⁶, pois o protagonismo do judiciário, por mais das vezes, nada mais é que um agigantamento do poder do Estado.

²¹⁴ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho**. Barcelona (Espanha): Editorial Ariel S.A., 1994. p. 151/152.

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 289.

²¹⁶ Sobre o assunto: MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes.

Os movimentos político-sociais²¹⁷ também devem ser avaliados com cautela haja vista que, por mais das vezes, clamam por uma resposta penal repressiva e antigarantista – movimento de Lei e Ordem fomentado pela atuação do poder midiático – manifestada através legislação penal de emergência.

Referidos discursos pregam em sentido contrário ao direito penal mínimo – descriminalização e despenalização – advogando o terrorismo penal e a hiper-criminalização – agravadores da criminalidade e da insegurança social.

Essa conjectura é responsável pela banalização do direito penal – uso em *prima ratio* – visado como um mecanismo salutar na “guerra contra a criminalidade”. Nesse contexto, elegem-se os inimigos – criminosos – e as armas – flexibilização de garantias.

A teoria garantista vem em combate dessas teses punitivistas e, ao mesmo tempo, nega as propostas abolicionistas – deslegitimadora do sistema penal – vindo a abarcar uma posição legitimadora. Neste contexto, é imperiosa a análise da justificação garantista da sanção.

Informado pelo princípio da *Secularização e da Laicização do Estado*, o sistema garantista adota a Teoria Agnóstica da Pena. Esta teoria concebe a pena “como um instrumento político de negação da vingança (privada); um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua existência”.²¹⁸

Com uma base utilitarista, a teoria agnóstica da pena nega qualquer fundamentação axiológica, ressocializadora ou reeducadora da sanção, questiona a efetiva idoneidade do direito penal prevenir delitos, concebendo a sanção unicamente como retribuição – pelo mal causado – e proteção do delinqüente²¹⁹ (prevenção de possíveis reações informais), atribuindo à ontervenção penal duas

²¹⁷ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 86 e 89, respectivamente. “Certamente o temor nem sempre se funda em fatos concretos, mas antes em uma percepção subjetiva de uma possível ameaça, que se vê fomentada, muitas vezes, através de campanhas orquestradas pelos meios de comunicação. Isso não é gratuito nem casual, pois o temor, além de aparecer como consequência social do delito, converte-se em um precipitador coletivo facilmente manipulável e eu um importante fator econômico que gera gastos em prevenção e segurança em pessoas empresas, instituições e no próprio Estado, que também é atingido pelos efeitos desse medo”.

²¹⁸ CARVALHO, Salo de: **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. p. 150.

²¹⁹ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. p. 71. “O fim geral do direito penal é, segundo FERRAJOLI impedir que os indivíduos façam justiça por suas próprias mãos, ou, ainda, minimizar ou controlar a violência”.

finalidades específicas: reduzir a violência praticada pelo Estado e impedir a vingança privada.²²⁰

O garantismo, portanto, além de uma doutrina é um movimento de prática jurídica e política. Possui como eixo principal a defesa do Direito Penal Mínimo – “movimento pela descriminalização de condutas que não justificam a mobilização do instrumento externo de controle social – o próprio direito penal – bem como um movimento que busca alternativas à pena de prisão”²²¹ – fundando-se na teoria agnóstica da pena – pena como um conceito político e deslegitimada enquanto prevenção – visa a (re)legitimação do direito penal por intermédio da redução da violência punitiva.

²²⁰ CARVALHO, Salo de: **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. p. 150-151. “Ferrajoli entende que o modelo normativo garantista satisfaz os requisitos para a adequada justificação da pena, pois, (1º) ao orientar o direito penal é prevenção geral negativa, exclui a confusão entre direito e moral que caracteriza as doutrinas retribucionistas e de prevenção positiva; (2º) ao impor o duplo fim da pena – ‘o máximo bem-estar possível ai que não delinquem e o mínimo sofrimento necessário aos desviantes’ – responde às questões ‘por que proibir’ e ‘por que castigar’; (3º) porque exclui autojustificações a *posterior* de modelos reduzidos, reconhecendo o caráter aflitivo e coercitivo da pena; (4º) porque propicia modelo de legitimação e deslegitimação da atuação do sistema penal; e (5º) porque o esquema apresentado subtrai os custos do direito penal frente à possível anarquia punitiva subsequente à sua ausência”.

²²¹ MAZZILI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 57.

3. LIMITES À (DES)CRIMINALIZAÇÃO

Estruturado um Estado Democrático de Direito, qualquer ponderação a respeito do papel desempenhado pelo Direito Penal nesse Estado Liberal requer a filtragem constitucional – sistema garantista – com o estabelecimento de seus limites positivos e negativos de atuação.

Antes de adentrar no processo de descriminalização propriamente dito, é salutar o movimento reverso, ou seja, avaliar quais são os componentes (políticos e sociais) que levam à criminalização de determinada conduta. Estabelecidos os pressupostos lógicos e necessários à criminalização é possível avaliar o papel e, sobretudo, os limites da descriminalização.

O Direito Penal possui as “mesmas características estruturais como outras áreas de controle social: norma, sanção e processo”²²², o que o distingue, entretanto, são os traços característicos das sanções penais, as quais intervêm de forma mais lesiva e violenta na liberdade individual.

Com espreque no viés da Criminologia Crítica, é possível avaliar como o poder repressivo, através de um processo articulado e dinâmico de criminalização²²³, seleciona condutas e estigmatiza sujeitos, por intermédio da produção normativa – criminalização primária²²⁴ –, para, em um segundo momento, com o aparato estatal (Polícia, Judiciário, Ministério Público) efetivar a aplicação das penas – criminalização secundária, concretizando a exclusão.

A denúncia promovida ao sistema penal, sobretudo enquanto mecanismo de manutenção das estruturas de poder assentadas na sociedade (capitalista) enseja a

²²² HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 212.

²²³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista Brasileira de Ciência Criminais. n. 14. abr./jun., 1996. p. 281.

²²⁴ O processo de criminalização primária atua, basicamente, através da seletividade de *bens jurídicos* – relevância social – pela prévia cominação legal de condutas (princípio da legalidade) que, ainda que abstratamente, violem esses valores tutelados. Note-se aqui, que a criminalização atua estigmatizando determinadas ações – direito penal de fato – estando vedada a seleção de indivíduos (potencialmente) criminalizáveis – direito penal de autor, bem como, haja vista a laicização do direito penal, excluem-se dos processos de criminalização condutas eminentemente morais.

deslegitimação do sistema penal e, conseqüentemente, engrossa os discursos abolicionistas²²⁵ e o minimalismo penal, conforme analisado no primeiro capítulo.

É importante deixar assentado desde logo que os processos de criminalização e descriminalização desempenham importante papel na conjuntura atual da política criminal, qual seja o embate entre o direito penal mínimo – avaliado sob o prisma da teoria garantista – e o direito penal máximo fundado na defesa social e balizado no discurso do direito penal do inimigo.

As distinções entre o sistema (autoritário) de direito penal máximo e sistema correspondente ao direito penal mínimo está diretamente relacionado à sua maior ou menor distância aos princípios garantistas.

Por essa razão, com o fito de avaliar os processos de criminalização e, por conseguinte, de descriminalização, é imperativo que se aloquem determinadas premissas impostas ao atuar estatal: a função desempenhada pelo direito penal – enquanto política-criminal (Estado democrático de Direito) –; as teorias (des)legitimadoras da sanção penal; as garantias penais limitadoras do processo de criminalização e, por fim, a delimitação do *ius puniendi* estatal através de uma (re)leitura do bem jurídico-penal.

3.1 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Avaliada a intervenção penal sob um enfoque constitucionalista pode-se conferir dois suportes à legislação ordinária infraconstitucional, sobretudo a penal: limitação *negativa* do *ius puniendi* – impedimento da criminalização de certas condutas e limitação *positiva* – indicação (obrigatória²²⁶) das potenciais

²²⁵ PASSETI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In. PASSETI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. p. 16/17. Acerca da atualidade do abolicionismo penal o autor consagra que: “O abolicionismo penal é mais do que a abolição do direito penal ou da prisão moderna. Ele problematiza a sociabilidade autoritária que funda a travessa o Ocidente como pedagogia do castigo em que, sob diversas conformações históricas, atribui-se a um superior o mando sobre o outro.”

²²⁶ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 58. “Este tipo de normas constitucionais tem sido chamadas de ‘cláusulas de criminalização’, sendo algumas expressas e inequívocas, e outras facilmente deduzíveis do contexto das normativas constitucionais”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização**. Porto (Portugal): Universidade Católica Portuguesa Editor, 1995. p. 307. Sobre a obrigatoriedade de criminalizar: “não representaria uma subversão da concepção originária de bem jurídico ancorada na Constituição, mas seu

criminalizações aos bens jurídicos identificados pelo Constituinte²²⁷. Salutar, dessa forma, o entendimento do papel desempenhado pelo Direito penal em um Estado de Direito.

Os movimentos político-criminais (penalização, despenalização, criminalização e descriminalização) buscam responder, às questões ‘se’, ‘por quê’, ‘como’, ‘quando’ e ‘quanto’ reagir contra os indivíduos autores de uma conduta desviada.

Com esse desiderato, promove-se, a seguir, uma análise perfunctória das funções do Direito Penal, instrumental primordial para que se possam estabelecer as razões dos movimentos de criminalização.

Serão abordadas as funções relacionadas à política criminal de eleição de crimes, ou seja, com fulcro em quais objetivos justificar-se-ia a intervenção penal. Oportunamente (próximo item) serão tratadas as Teorias (des)legitimadoras da Pena.

Questão das mais antigas e que há muito preocupa o pensamento filosófico a função do Direito Penal confunde-se com a finalidade da própria sanção imposta²²⁸, conforme adverte BATISTA²²⁹: “discutir os fins do direito penal deveria ser, portanto, discutir os fins da pena – e, no entanto, não é”.

Inicialmente, quando se cumpre avaliar as funções da intervenção punitiva, um primeiro problema se apresenta, qual seja, a questão da denominação, haja vista que a doutrina²³⁰ queda-se divergente em relação ao uso das expressões “função”, “fins”, “missões” e “objetivos” da tutela penal.

desenvolvimento coerente, que teria em conta a dupla faceta do Direito Penal quer da própria Constituição. (...) A Constituição não deveria ser vista de forma unilateral, preocupada apenas com a defesa do indivíduo potencial criminoso (ou acusado de tal), mas também com as potenciais vítimas e com a defesa de toda a sociedade. Assim como teria legitimidade para conter o poder criminalizador teria também legitimidade para lhe impor um âmbito mínimo irrenunciável de tutela”.

²²⁷ Pode-se citar como exemplo de indicação constitucional no que tange à criminalização da tutela ambiental, conforme disposição do parágrafo 3º do artigo 225 da CR.

²²⁸ Nesse tema, controvertem-se as teorias justificadoras *da pena* – que se ligam diretamente aos movimentos de penalização –; e as teorias legitimadoras do direito *de punir* do Estado – as quais se manifestam de forma latente na criminalização de condutas.

²²⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 111.

²³⁰ Utilizam a expressão missão: TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios do Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Uso da expressão *missão*. p. 6. Preferem denominar *fins* do direito penal. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 111. Nilo Batista trabalha o tema utilizando-se da expressão *fins* do Direito Penal, contudo, estabelece uma divisão entre os termos *missões* – relacionada à interface pena/sociedade e, portanto, ao direito penal; e os *objetivos* ou *funções* – da pena, ou seja, interferência *criminoso depois do crime*/pena/sociedade. BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 14. DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48/53. Optam pela denominação *objetivo* da

HASSEMER e CONDE²³¹ elaboram uma distinção entre missões do direito penal – conseqüências queridas e buscadas oficialmente pelo sistema (proteção de bens jurídicos, diminuição da violência estatal); e funções – conseqüências (efetivas) não desejadas (oficialmente), mas reais ao sistema.

No mesmo sentido e baseado nos autores acima mencionados, BUSATO e HUAPAYA²³² esclarecem que, ainda que a doutrina majoritária costume utilizar a palavra “funções” do direito penal para justificar o que o direito penal tem que refletir no plano do ‘*dever ser*’ esse emprego não estaria correto, uma vez que função relaciona-se com os efeitos reais, ainda que não desejados, enquanto que o termo “missões” é que designaria as conseqüências queridas e buscadas pelo sistema.

Com base nessa distinção, optou-se pelo uso do vocábulo missão quando avaliados os objetivos a que o direito penal almeja atingir bem como a denominação função quando analisadas as (reais) conseqüências da intervenção penal.

Dessa forma, é possível diferenciar as principais correntes doutrinárias que distinguem as diversas missões da tutela penal: a) proteção (fragmentária) de bens jurídicos; b) a vertente crítica (**WELZEL**²³³) que advoga a proteção de valores éticos sociais; c) a corrente que concebe a intervenção penal exclusivamente como um

legislação penal. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 89. Distingue os objetivos *declarados* e os objetivos *reais* do sistema penal. p. 5. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. Preferência ao vocábulo *função*: QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica ao sistema penal**. p. 175. PINTO, Alessandro. O sistema penal: seus verdades e mentiras. In. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Sistema Penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boireux, 2002. p. 186/188. Funções declaradas e não declaradas. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do sistema penal. p. 283 e 292. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Utiliza a expressão *tarefa* do Direito penal. WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Parte geral. Aspectos fundamentais. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1976.

²³¹ CONDE, Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. p. 99. “Generalmente se habla de ‘misión del Derecho penal’, aunque algunos prefieren hablar de ‘función’. En el lenguaje jurídico tradicional se entiende por ‘función’ las consecuencias queridas de una cosa, equiparándose a ‘meta’ o ‘misión’. En el lenguaje sociológico se entiende, en cambio, por función la suma de las consecuencias objetivas de una cosa. Esta segunda acepción del término debería también ser empleada en el Derecho penal para denominar las consecuencias (accesorias) no deseadas pero reales del sistema (las repercusiones económicas y afectivas que la pena privativa de libertad tiene para la familia del recluso puede ser un buen ejemplo de ésto). mientras que deberían utilizarse los términos de “misión”, “fines”, o “metas” para denominar las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema. Em este sentido diferenciamos aquí entre ‘función’ y ‘misión’ ”.

²³² BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. p. 32.

²³³ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

meio de controle social; d) o enfoque funcionalista, que, prescindindo da premissa da proteção do bem jurídico, avalia o Direito Penal enquanto objeto de proteção da norma e manutenção do sistema; e, derradeiramente, e) a vertente garantista, que entende a funcionalidade penal dentro de um sistema de limites que promove a contenção ou redução da violência estatal e a proteção do infrator da norma contra as ingerências do poder punitivo.

Quando empregada a denominação *função do direito penal* serão avaliadas as conseqüências (veladas ou não) da intervenção penal, como ocorrem com as funções: *promocional* – utilização do Direito Penal como meio de promoção de políticas sociais e *instrumento de governo da sociedade*²³⁴; e *simbólica* – visa a tranquilizar a os clamores sociais (segurança) através da legislação de emergência.

Não obstante, é salutar a faceta da criminologia crítica, a qual, a respeito da função *real* do Direito penal, rejeita a premissa de que a tutela penal protege interesses (bens jurídicos) gerais – objetivo declarado – contrapondo com a função não declarada do poder punitivo – promover uma seleção social.²³⁵

Com espeque nas críticas das funções e missões da tutela penal, surgem as teorias deslegitimadoras (abolicionismo penal, minimalismo radical e sistema garantista) em contraposição às teorias legitimadoras do direito de punir.

3.1.1 Missões do Direito Penal

Prevalece²³⁶ o entendimento de que o fim do direito penal é a proteção dos valores fundamentais da ordem social²³⁷ – os bens jurídicos²³⁸ – e garantir a *defesa da sociedade* – manutenção da paz jurídica.²³⁹

²³⁴ DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. p. 73.

²³⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica ao sistema penal**. p. 75. Segundo salienta o autor: “vende-se a ilusão de que obterá mais segurança urbana contra o delito comum sancionando leis que reprimam acima de qualquer medida os raros vulneráveis e marginalizados tomados individualmente (amiúde são débeis mentais) e aumentando a arbitrariedade policial, legitimando direta ou indiretamente todo gênero de violência, inclusive contra quem contesta o discurso publicitário”. p. 151.

²³⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**. p. 3. “O direito penal tem duas funções básicas: proteção dos bens jurídicos e manutenção da paz social. Bens jurídicos são os valores ou interesses do indivíduo ou da coletividade, reconhecidos pelo direito. Paz social é a ordem que deve reinar na vida comunitária. Apenas os **bens jurídicos vitais ao desenvolvimento equilibrado da vida comunitária** devem merecer a especial tutela do direito penal”. (grifei) BRUNO, Aníbal. *Direito*

O Direito Penal desenvolveu-se, portanto, balizado nessa meta de proteção de bens jurídicos analisa por intermédio da sua indispensabilidade para a vida em comunidade – princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos – estritamente relacionado à concepção minimalista do direito penal.

Ocorre que, referida missão acaba esbarrando na indefinibilidade do conceito *bem jurídico* – conceito vazio – o que, no mais das vezes teria o condão de expandir o Direito Penal ao abarcar em seu elenco de bens jurídico-penal lesões até então tratadas por outros ramos do Direito, o que representaria uma violação ao princípio da intervenção mínima (tutela penal subsidiária e fragmentária).

SCHÜNEMANN²⁴⁰ observa a utilização (ilegítima) máxima do Direito Penal, “na maior parte dos casos, se consegue de modo bastante claro distinguir entre uma utilização legítima do direito penal para fins de proteção de bens jurídicos e seu abuso totalitário para fins de imposição de determinadas formas de vida”, preconizando o penalista alemão acerca da real necessidade em garantir a observância a garantia da *ultima ratio* penal através do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Não obstante, questiona-se, na verdade, se o direito penal não seria um instrumento de proteção de valores ético-sociais, tendo em conta que a violação da norma pela prática do delito não infringe somente a ordem jurídica, como também a ordem ético-social.

O Direito penal representaria, isto posto, o “mínimo ético” da comunidade que, através de uma valoração elegeu aqueles bens de maior relevância como bens jurídico-penais.

Penal. Parte Geral. Para o autor a pena teria o condão de promover a defesa social: “Defesa que se resolve, em suma, na proteção de bens jurídicos essenciais, de condições que a vida coletiva reclama que sejam respeitadas e por isso recebem a tutela do Direito”.

²³⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. p. 16. O autor assevera a subsidiariedade da tutela penal, ao ponderar que: “A função do Direito Penal consiste em garantir uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”.

²³⁸ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**. Parte general. 3. ed. Valencia (Espanha): Tirant lo Blanch, 1998. p. 65. Sobre o conceito de bem jurídico: “bienes jurídicos son aquellos *presupuestos que la persona necesita para sua atuorrealización y el desarrollo de su personalidad em la vida social*”.

²³⁹ WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Parte geral. Aspectos fundamentais. p. 3.

²⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 13 n. 53, março-abril, 2005. p. 18.

WELZEL²⁴¹, sem negar a missão de proteção de bens jurídicos, dá um passo a mais²⁴² ao conceber como incumbência do direito penal a defesa de *valores ético-sociais* elementares da consciência jurídica e da vida da comunidade. A proteção de bens jurídicos seria apenas uma consequência secundária.

A concepção do penalista alemão está ancorada na teoria do finalismo. Ao criticar a importância excessiva dada ao resultado pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o autor afirma a necessidade de se impor relevância à atitude interna (finalidade) do indivíduo enquanto instrumento de norte pedagógico que impulsiona a ação.

JESCHECK²⁴³ e CEREZO MIR²⁴⁴ compartilham do entendimento de que cabe ao Direito penal garantir um mínimo ético-social.

Para JESCHECK, a missão do direito penal é proteger bens jurídicos os quais passam a ser valorados penalmente e a representar parâmetros de *desvalor de resultado* das condutas que venham a violá-los. Não obstante, preconiza o penalista que os juízos de valor presentes nas normas penais não dizem respeito somente aos bens jurídicos objetos de proteção, mas também à qualidade das ações humanas que vulneram a pretensão de respeito que se deduz do bem jurídico.

O controle penal teria, portanto, uma missão pedagógica, visaria a prevenção dos delitos ao incidir na consciência do indivíduo. O Direito penal, dessa feita, teria o escopo de, além de amparar os bens jurídicos penais, *normati(li)zar* a vontade do cidadão às exigências do ordenamento jurídico.²⁴⁵

²⁴¹ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. p. 29. "O direito penal cumpre sua missão de defesa dos bens jurídicos, proibindo ou impondo ações de determinada índole. Na retaguarda dessas proibições ou ordens estão os elementares deveres-éticos sociais (valores do ato), cuja vigência assegura, ameaçando com pena as atitudes ou ações que os lesionam. Com isso obtém, por um lado, um amplo e duradouro amparo dos bens, e por outro, limita as formas de acometimentos ético-socialmente reprováveis".

²⁴² CONDE, Muñoz; HASSEMER. Winfried. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. p. 100.

²⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Granada (Espanha): Comares Editorial, 1993. p. 6.

²⁴⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um sistema penal democrático**. p. 37. Para Cerezo Mir, citado por GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**: "a função do Direito penal consiste essencialmente no fomento do respeito aos bens jurídicos. Para fomentar o respeito aos bens jurídicos o Direito penal deve obrigar os cidadãos na sua consciência".

²⁴⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. p. 7.

BACIGALUPO²⁴⁶ esclarece que

a mudança sugerida por Welzel é consequência de uma concepção do direito penal que pode oferecer reparos no âmbito de uma Constituição que garanta o pluralismo e a liberdade ideológica e religiosa, assim como o livre desenvolvimento da personalidade.

TOLEDO²⁴⁷ assevera a relevância ética do ordenamento penal, ao considerar a proibição de violação dos valores (morais) dominantes por parte do ordenamento penal. Não obstante, haja vista o princípio da subsidiariedade penal limita seu campo de atuação. “A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos”.

Salutar, nesse ponto, a superação da *confusão pós-iluminista* entre *direito e moral*²⁴⁸, haja vista, sobretudo que a fundamentação meramente ética e pedagógica do poder punitivo teria o condão de produzir regimes autoritários, balizados em concepções metafísicas.

Onda há sociedade há o direito. Essa afirmação revela a relação intrínseca entre a vida em sociedade – marca da civilização humana – e a necessidade de regular essa convivência por mitos, símbolos e códigos.

Assim como a sociedade, esse regramento de convivência pacífica evoluiu, vindo o Direito a se transformar também em um (sub)sistema social baseado em normas – normatividade – em torno do qual é possível a interação com os demais sistemas presentes em uma dada sociedade.²⁴⁹

Pode-se observar, dessa forma, que na história da humanidade conferiu-se ao Estado o papel de mediador (racional) de conflitos através do monopólio da produção e da aplicação do Direito. Ao Direito penal, foi confiada a árdua tarefa da punição. Ocorre que, a banalização da intervenção punitiva através, sobretudo, da

²⁴⁶ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**. Parte Geral. Trad. André Estefan. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 35.

²⁴⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios do Direito Penal**. p. 13/14.

²⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 212. “Após a formação do Estado liberal, o desenvolvimento dos códigos e o conseqüente desaparecimento do direito natural, a cultura jurídica passa a não mais utilizar pontos de referência externos como fontes de justificação e de limitação do direito vigente, e, em particular, do direito penal”.

²⁴⁹ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**. Parte general. p. 63. Preconizam os autores que a função da norma penal, como qualquer instância, só pode compreender-se pois, em referência a um *sistema social de convivência*.

inflação legislativa – o crime foi trivializado²⁵⁰ – redundou na total inoperância da resposta penal à criminalidade.

Com base nessas considerações preliminares, abre-se espaço para a segunda corrente relacionada às missões do Direito penal, qual seja, a vertente de legitimação da intervenção penal enquanto *meio de controle social* (formal). Contudo, impera-se a ressalva de que o poder repressivo não é a única ferramenta de controle, atuando conjuntamente outros meios (informais e formais).

O sistema de controle social é composto por *sistemas normativos* (representado pelos ramos do Direito), *diversos órgãos ou agentes* de controle (família, Igreja, partidos políticos), variadas *estratégias* de atuação (repressão, prevenção, ressocialização), diferentes modalidades de *conseqüências* (positivas ou negativas) bem como particulares *destinatários* (estratos sociais desfavorecidos, por exemplo).²⁵¹

Reconhece-se, então, o controle penal apenas como uma das formas de controle formal normativo, o que redundará na imposição de algumas premissas para a atuação do Direito Penal. Vislumbra-se, dessa feita, mecanismos primários de autoproteção da ordem social, impondo-se o uso do Direito penal tão somente nas hipóteses em que os mecanismos anteriormente mencionados fracassem ou mostrem-se insatisfatórios.

MOLINA²⁵², sobre a *imprescindibilidade do controle social* pelo Direito Penal: “só um sistema eficaz de controle social garante a conformidade do indivíduo bem como sua submissão às normas de convivência (disciplina social), dirigindo, desse modo os processos de integração (muitas vezes, satisfatoriamente).”

²⁵⁰ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora. n. 69; nov.-dez., 2007. p. 49.

²⁵¹ MIR PUIGI, Santiago. **Derecho penal**. Parte general. p. 4. “El Derecho penal constituye uno de los *médios de control social* existente en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también *medios de control social*, pero poseen un carácter *informal* que los distingue de un medio de control *jurídico* altamente *formalizado* como es el Derecho penal.” Sobre a significação a formalização do controle exercido pelo direito penal: CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**. Parte general. p. 31. “El control social jurídico-penal es, además, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto”.

²⁵² MOLINA, Antonio García-Pablos de. In. GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. p. 25.

Nesse sentido, pode-se destacar o entendimento de MIR PUIG²⁵³:

Como todo meio de controle social, o Direito penal tende a evitar determinados comportamentos sociais considerados indesejáveis, recorrendo, para isso, à ameaça de imposição de distintas sanções, casos tais condutas sejam realizadas; mas o Direito penal caracteriza-se por prever sanções, em princípio, mais graves – as ‘penas’ e as ‘medidas de segurança’ –, como forma de evitar os comportamentos que julga especialmente perigosos – os ‘delitos’.

Faz-se necessário, portanto, o balizamento do controle social penal através de sua natureza subsidiária, impondo-se a atuação em conformidade com o princípio da intervenção mínima.

O discurso do controle social geralmente está associado à missão – garantia da paz social – ou seja, parte de um discurso ideal e, portanto utópico de que esse ramo do Direito teria o condão de promover a harmonia social. Essa falácia liberal partiria da premissa de que todas as pessoas seriam iguais, olvidando-se que, na realidade fática, no mais das vezes, a sociedade está dividida em classes e que o interesse de uma classe dominante não é o da classe dominada.

Abre-se espaço, dessa forma, ao discurso da *defesa social*, o qual comporta uma ideologia perigosa ao afirmar a exclusão do mal – crime – através do extermínio (ressocialização) do responsável imediato desse mal – criminoso (inimigo) – fomenta discursos totalitários de estigmatização de delinquentes e desprezo de garantias, velado sob a retórica da (in)segurança.

Com base na constatação de que a toda ação corresponde uma reação igual, contrária e de mesma intensidade, pode-se apontar a concepção garantista da missão da intervenção penal: da mesma forma que o Estado domina (controla) a sociedade através do Direito penal, para que não haja a submissão ao arbítrio estatal, o Direito teria uma outra face, limitar o poder do Estado sobre a sociedade.

Com o escopo de possibilitar essa dupla atribuição, a tarefa desempenhada pelos princípios penais (e processuais penais) é vital, pois trataria de impedir, através dessa racionalidade teórica abalizada na dignidade humana, o uso exacerbado do Direito penal como mecanismo de controle social (no mais das vezes de poucos em detrimento de muitos) e, dessa forma, garantiria a consagração normativa e, principalmente fática, dessa referida dignidade.

²⁵³ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do Delito. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

A missão de garantia do Direito penal atua eminentemente na prática jurídica, a qual orbitaria ao redor dos direitos humanos fundamentais para transformar o discurso punitivo em práticas efetivas, na legislação, nos fóruns e nos presídios, ou seja, função de proteção de “poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária”.²⁵⁴

Preconiza-se, assim, uma abordagem garantista do Direito Penal. Conforme foi ressaltado anteriormente, a teoria garantista articula-se através do papel central conferido à preservação e efetivação dos direitos humanos, desempenhado por intermédio do combate ao arbítrio estatal a partir de parâmetros de política criminal minimalista.

Deve-se fugir do discurso demagógico da defesa social e da redução do Direito penal a mero instrumento de controle da sociedade. Constatada a inexpressividade do atuar penal como meio de combate à criminalidade – prevenção geral – o olhar garantista advoga a utilização residual da intervenção punitiva aos problemas sociais, uma atuação mínima na esfera da liberdade do cidadão e máxima possível no domínio da efetividade dos direitos de todos os indivíduos.

São duas funções dialéticas²⁵⁵ – controle e garantia – as quais restariam como justificativas do atuar penal e, em contrapartida, como resposta às práticas abolicionistas. Reconhece-se o Direito penal como um mal necessário o qual, por representar um mal deve ser reduzido ao mínimo possível.

Portanto, com base na teoria do garantismo, a Constituição desempenharia importante papel, sobretudo nos processos de criminalização/descriminalização, vedando as competências e ingerências estatais em relação à forma e ao conteúdo.

Em sentido diametralmente oposto, a teoria sistêmico-funcionalista relaciona a missão do Direito penal à prevenção geral para concluir que a intervenção penal seria uma resposta (simbólica) à sociedade e atuaria em duas frentes: confirma o reconhecimento normativo e preserva a confiança (social) na norma, através do exercício de fidelidade²⁵⁶ à mesma.

²⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 688.

²⁵⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires (Argentina): Pellegrini Impresores, 1958. p. 21. “Se debería siempre tener presente por lo tanto, que todo derecho penal tiene una misión doble y a menudo contradictoria: la de luchar exitosa y eficientemente contra el delito y, al mismo tiempo, la de no descuidar nunca las exigencias y los *dictados* de la humanidad.”

²⁵⁶ KARAM, Vera Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Editora Luam, 1991. p. 174. “O delito é visto como uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao direito, sendo a pena, por sua vez, a expressão simbólica oposta àquela representada pelo delito”

Conforme observado anteriormente, referida teoria vem justificar o discurso de expansão do Direito penal, bem como o salutar recrudescimento das penas, apoiado na referida missão preventiva – a sanção penal consolidaria entre os membros da sociedade a confiança normativa e, ao mesmo tempo, teria o condão de impulsionar seus integrantes a agir conforme a norma – fundando-se a legitimidade de qualquer quantidade de pena para lograr referido intento.

Com base no aporte garantista não é coerente a assunção dessa construção teórica, vez que localiza no centro do Direito penal a *norma*, em detrimento do indivíduo – não cidadão – abrindo as portas para a atuação de qualquer tipo de sistema estatal, autoritário ou não, com espeque na anuência do contrato social.

As leis não podem ser fruto da vontade arbitrária do legislador. Ademais, em contraposição à tese contratualista de JAKOBS, FERRAJOLI assevera que nem “por contrato um homem pode ser obrigado a privar-se da vida ou das liberdades fundamentais, reconhecidas a cada um como direitos ‘personalíssimos’. Além de Invioláveis ou Inderrogáveis, estes direitos são também Indisponíveis e Inalienáveis”.²⁵⁷

A teoria garantista surge, portanto, como uma resposta ao abismo existente entre a normatividade constitucional e a tipificação penal em nível inferior, sobretudo no que tange à sua efetividade, afirmando ser a função do sistema penal uma missão de garantia.

3.1.2 Funções Simbólica e Promocional

Evidenciadas as funções declaradas do Direito Penal torna-se necessário refletir sobre as funções ilegítimas (ocultas) que o controle penal realiza, as quais se explicitam em uma análise meramente superficial.

Em relação à função *simbólica*, cumpre destacar que ela aparece comumente durante momentos característicos por que passa uma dada sociedade, em tempos de sensação de insegurança, receio da criminalidade e desejos de

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 691.

proteção estatal devidamente fomentados pelo poder midiático – *função simbólica de controle social*.²⁵⁸

Em manifesto descompasso com as funções legítimas do Direito penal – majoritariamente concebida pela doutrina como a eficaz proteção de bens jurídicos – o atuar simbólico é uma maneira perversa de se trabalhar com a política criminal. Não raras vezes, o uso exacerbado dessa ferramenta é responsável pelo terrorismo penal. Para *calar a boca do povo*, o legislador responde a essas (novas e criadas) exigências com uma legislação penal de emergência, meramente simbólica.

Não satisfeito, um Direito penal com essas características opera através de manipulação, fomenta o medo e a insegurança para, dessa forma, abrir o caminho para um rigor penal desarrazoado, desproporcional e excepcional.

BARATTA²⁵⁹, sobre a atuação simbólica do controle penal, destaca o risco de transformar o Direito Penal “em um instrumento de administração de situações particulares, de riscos excepcionais, ou melhor, em um instrumento de resposta contingente a situações de ‘emergências’ concretas”.

Esse ato de crença na eficácia dos meios jurídico-penais de controle produz uma consequência nefasta na realidade social, que manipulada, passa a defender o Direito penal máximo. A longo prazo, seus efeitos são destrutivos.

O crime/pecado transforma-se em um grande espetáculo a serviço da indústria cultural de massa que, articulado de maneira maniqueísta tem o condão de alterar a realidade – pelo menos sob o ponto de vista de seus espectadores – cria-se uma *ilusão de segurança jurídica*²⁶⁰ por intermédio de um processo expansionista do Direito penal.

O legislador afasta-se da proteção dos bens jurídico-penais clássicos (vida, liberdade, propriedade) passando a expandir seus tentáculos com vistas a atingir novos bens jurídicos, “antecipa a criminalização de condutas e estabelece sanções desproporcionais ao fato praticado”.²⁶¹

²⁵⁸ Sobre o assunto: CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff da. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. In: CALLEGARI, André Luís. **Política Criminal, Estado e Democracia**.

²⁵⁹ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 8. n. 29. jan-mar. 2000. p. 12.

²⁶⁰ ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do sistema penal.

²⁶¹ CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Obra citada. p. 14.

MELLIÁ²⁶² assevera para a estreita relação estabelecida entre o Direito penal de efeitos meramente simbólicos e o discurso punitivista. Amparado na promoção da segurança social, justifica-se a violência estatal, amplia-se o controle penal e suprimem-se garantias, sobretudo daqueles que se enquadrarem como inimigos do sistema.

Na verdade, o medo e a insegurança sociais são a desculpa perfeita para o vilipêndio de garantias. A mídia, através de recursos cênicos vende o produto crime, engendrado em um verdadeiro espetáculo que tem um escopo específico – alimentar a cultura do medo e garantir a manutenção do ‘mercado de consumo’.

KARAM²⁶³ relaciona o papel da publicidade e sua atuação dentro do discurso do poder como uma arma para a expansão da intervenção penal. Segundo a autora:

Esta publicidade enganosa cria o fantasma da criminalidade, para, em seguida, ‘vender’ a idéia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estão sendo solucionados.

“(...) (D)iversamente do que se pretende demonstrar, o recurso ao Direito Penal, que, em alguns casos, tem sido a *prima ratio*, faz com que os dirigentes dêem uma resposta à sociedade que, grande parte das vezes não é efetiva”. Essa função patológica vulgariza o Direito Penal e, reflexamente, banaliza a violência.²⁶⁴

Através do Direito penal simbólico, minimizam-se suas funções declaradas e maximizam-se as funções veladas, conforme esclarece ANDRADE²⁶⁵, a função simbólica do Direito penal “não significa afirmar que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas”.

Na mesma balada da sociedade do medo e da insegurança, aponta-se outra disfunção do Direito penal, a atuação *promocional*. Decorre da utilização do poder

²⁶² MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. p. 65.

²⁶³ KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. p. 200/201.

²⁶⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. “Exemplo marcante desse Direito penal simbólico no nosso país foi, sem sombra de dúvida, a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90). Aplacou a ira da população naquele momento (1990), deu a sensação de que resolveria o problema da criminalidade e hoje se sabe que tudo não passou de uma ilusão”. No mesmo sentido: LEAL, José. Lei dos Crimes Hediondos ou *Direito Penal da Severidade*. 12 equívocos e casuísmos. **Revista Brasileira de Estudos Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 40.

²⁶⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do sistema penal. p. 293.

punitivo como meio de promoção de políticas sociais, ou seja, “sob a desculpa de intentar-se um suposto desenvolvimento ou aprimoramento da sociedade.”²⁶⁶

Segundo DIAS²⁶⁷:

uma tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido desta intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguarda do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas.

Isto posto, é possível notar que a função promocional inspira uma política penal intervencionista, tendo em conta que atua através da neocriminalização²⁶⁸, ou seja, incrimina determinadas condutas de variados setores da sociedade (âmbito econômico e fiscal, ambiental e das relações familiares²⁶⁹) com o escopo específico de integrar o Estado em suas funções administrativas.

Não obstante a vulgarização penal, outro fenómeno produzido pela função promocional é o que se pode chamar de Administrativização do Direito Penal em manifesta violação ao princípio da intervenção mínima.

Conforme preconiza PACHOAL²⁷⁰:

além de reconhecer-se o perigo da utilização do Direito Penal com fins promocionais, já é admitida a falácia que essa utilização enseja, na medida em que a resposta penal a uma determinada demanda social nada mais é que uma forma de fugir à responsabilidade de atender efetivamente à essa demanda.

“Tanto a função promocional como a função simbólica, representam graves distorções que distanciam o Direito Penal de sua verdadeira matriz: autorizam um Direito Penal de máxima intervenção”.²⁷¹

²⁶⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito penal mínimo**. p. 123.

²⁶⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisadas**. p. 73.

²⁶⁸ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um sistema penal democrático. p. 45. “A legislação fabricada à medida dos acontecimentos, estabelecendo pena para as condutas ao sabor do clamor popular, não leva à igualdade, e sim a uma nova forma de distorção já identificada como o fenómeno de neocriminalização que de fato está ocorrendo na sociedade moderna.”

²⁶⁹ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 215. “E precisamente, essas novas realidades derivadas dos últimos desenvolvimentos sociais, econômicos e tecnológicos impeliram o legislador a penalizar uma série de comportamento no setor da economia, finanças e trabalho, assim como no campo da pirataria aérea. Ecologia, tutela da privacidade do indivíduo e elaboração de dados mecanizados”.

²⁷⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito penal mínimo**. p. 124.

²⁷¹ FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora. ano 6. fase 2º. abr./jun. 1996. p. 16.

As disfunções patológicas da intervenção penal, quando analisadas sob o crivo garantista, estão mais próximas de um direito penal máximo, haja vista o afastamento gradativo das garantias penais e processuais. Dessa forma, é possível estabelecer como limite a essas ingerências anti-garantistas, o princípio da intervenção mínima que, ao circunscrever a intervenção penal à subsidiariedade e fragmentariedade, aproxima-se de um direito penal mínimo.

3.1.3 Funções Não Declaradas

Antes de adentrarmos na crítica promovida pela Criminologia à intervenção penal, é imperiosa uma breve diferenciação das duas principais vertentes da Criminologia Crítica: a criminologia radical e o *labeling approach*²⁷².

A Criminologia Crítica ou Nova Criminologia representa o movimento criminológico do século XX originado para a discussão acerca das influências presentes no processo de criminalização, bem como a polêmica a respeito da legitimação e funcionamento do Direito Penal. Essas concepções são direcionadas como um movimento de combate e de crítica à Criminologia Tradicional.

Destaca-se, primeiramente, a Criminologia Interacionista ou *Labeling approach*, buscando dissociar-se das práticas criminológicas voltadas ao crime e ao delinqüente, passa a operar a intervenção penal de acordo com o sistema de controle adotado pelo Estado no campo preventivo, no campo normativo e na seleção dos meios de reação à criminalidade.²⁷³

²⁷² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. p. 89. O autor explica as duas direções na orientação da pesquisa dos teóricos do *labeling approach*: “uma direção conduziu ao estudo da ‘identidade’ desviante, e do que se define como ‘desvio secundário’, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de ‘criminoso’ (ou também de ‘doente mental’) sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação e, por isto, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social”.

²⁷³ QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p. 43. “Recusa-se, nessa perspectiva interacionista, consistência material ou ontológica ao delito, que não existe *in se* ou *per se* (qualidade negativa intrínseca das condutas assim definidas). Antes, é o resultado de um complexo processo de reação social a certas modalidades de comportamento”.

A Criminologia do *Labeling approach* etiqueta e estigmatiza os destinatários da norma. Rechaça o delito enquanto qualidade da conduta e, em seu lugar impõe como elemento definidor as instâncias de controle social responsáveis pela escolha – etiqueta – daquele comportamento – autor – como desvio ou criminalidade.

Essa definição acaba recaindo de maneira extremamente desigual entre os extratos sociais, vindo a atingir, sobremaneira as classes mais baixas – mendigos, pobres, vagabundos e prostitutas. O *labelling approach* é um meio de transição do paradigma etiológico-determinista²⁷⁴ (Lombroso²⁷⁵ e Ferri²⁷⁶) para a moderna criminologia crítica e tem o mérito de refutar o dogma da igualdade.

Partindo dos conceitos de *conduta desviada* e *reação social*, o *labelling approach* promove a troca de paradigmas para então formular sua tese central:²⁷⁷

a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos (...) formais e informais de definição e seleção.

Os estudos do *labelling approach*, fundamentados no interacionismo simbólico²⁷⁸ rompem com a criminologia tradicional, promovendo a abertura para a crítica materialista.²⁷⁹

²⁷⁴ A Escola Positiva, utilizando-se do método experimental das ciências físico-naturais, inverte a análise do fenômeno da criminalidade – com o objetivo de promover a defesa social – do crime para o criminoso. Essa matriz positivista manteve a análise da Criminologia enquanto uma ciência causal-explicativa da criminalidade (método experimental).

²⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social:** mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. p. 277. “Lombroso inaugurou essa concepção criminológica positiva com a obra ‘O Homem Delinquente’, de 1876, e a tese do criminoso nato, baseado no determinismo orgânico e psíquico do crime, para a formulação da qual se utilizou de método de investigação próprio das ciências naturais: confrontou grupos de não criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões do sul da Itália, identificando constantes naturalísticas nos presos – principalmente anomalias anatômicas e fisiológicas – que denunciassem um tipo antropológico delinqüente, uma espécie predestinada a combater crimes”.

²⁷⁶ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. O Criminoso e o Crime. Trad. Beleza dos Santos. 2. ed. Campinas: Bookseller Editora, 1999.

²⁷⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de Segurança Jurídica:** do controle da violência à violência do sistema penal. p. 205.

²⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora Limitada, 1984. p. 344/345. Os autores lecionam que o interacionismo simbólico rompe com as concepções antropológicas e sociológicas acerca do comportamento humano ao revelar que não é possível considerar a natureza humana ou a sociedade como *dados* estanques ou estruturas imutáveis. O mesmo vale para a *identidade* pessoal que necessita ser encarada como o resultado dinâmico do processo de envolvimento, comunicação e interação social.”

A *Criminologia Radical*²⁸⁰ fornece um enfoque com aporte na teoria marxista aplicada ao fenômeno do crime e do seu controle. Nessa perspectiva, reclama uma redefinição do objeto e do papel da investigação criminológica, sem se ater a questões puramente dogmáticas como bem jurídico, conceito de crime e o escopo penal da prevenção especial – ressocialização, reeducação – argumentando que, na verdade, quem precisa ser *ressocializado* é o próprio poder punitivo estatal.

Sob esse prisma, o sistema penal é um instrumento paradigmático de manutenção dos interesses das classes dominantes – especialmente nas Sociedades Capitalistas – e conseqüente submissão dos dominados.

Os teóricos da Criminologia Radical argumentam que a intervenção penal serve ao sistema, pois o paradigma criminológico dominante – defesa social – escondido atrás das máscaras do discurso maniqueísta de bem x mal e da ressocialização x delinquência, consolida um modelo de combate à criminalidade extremamente desigual, vez que se direciona aos estratos sociais mais baixos e estigmatiza os destinatários das normas penais – clientela do cárcere.

Haveria, na verdade, a falácia do direito penal igualitário, cujo escopo é a proteção igualitária de todos os cidadãos e cujas políticas de criminalização/descriminalização seriam iguais para todos, independente de interesses paralelos²⁸¹.

O modo de produção capitalista serve, na crítica promovida pela Criminologia radical, como o componente criador e fomentador das desigualdades sociais por intermédio da acumulação de capital de uma pequena parcela da

²⁷⁹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. p. 52. “Como fundamento básico deste novo pensamento crítico, extraiu-se dos ensinamentos de Marx que o Direito de modo geral e o Direito Penal de modo específico são instrumentos que objetivam, precipuamente, aprofundar as diferenças sociais, tendo mesmo a ciência jurídico-penal justificado a intervenção punitiva para manutenção de privilégios das elites dominantes, garantindo sua imunização punitiva e demais benesses.”

²⁸⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia Radical**. p. 1-2. “A Criminologia Radical surge como crítica radical da teoria criminológica tradicional, assim como (guardadas as devidas proporções) o marxismo surgiu de uma crítica radical da economia política clássica: ambas as construções assumem, na prática, e desenvolvem, na teoria, um ponto de vista de classe (a trabalhadora), em cujo centro se encontra o proletariado. Mas, enquanto o marxismo é a estruturação de conceitos radicalmente novos sobre as forças e a direção do movimento histórico, a Criminologia Radical se edifica com base no método e nas categorias do marxismo, desenvolvendo e especializando conceitos na área do crime e do controle social, mediante a crítica da ideologia dominante, como exposta e reproduzida pelas teorias tradicionais do controle social (clássicas, positivistas e suas variantes fenomenológicas modernas).”

²⁸¹ Vivemos referido mito, haja visto que, na política penal brasileira constantes são os movimentos de descriminalização de lesões a bens jurídicos que de fato interessam à coletividade, como os crimes contra a ordem tributária, o que revela que a criminalização não leva em conta o dano social – da sonegação fiscal, por exemplo.

população às custas do trabalho assalariado dos demais – mais valia – gerando as classes sociais.

Segundo esse entendimento, retirando o manto ideológico, a função do direito penal nada mais é que controlar a massa subjugada – excluídos – utilizando da máquina estatal e do aparato midiático para criminalizar e penalizar as condutas que, de alguma forma ameacem ou violem os bens jurídicos – significante necessário – da classe dominante (elite). O Direito Penal erigiu-se em um instrumento de manutenção de riquezas²⁸².

Dessa forma, o discurso ideológico burguês utiliza o Direito penal como instrumento de controle social e de manutenção dessa desigualdade, como assevera SANTOS²⁸³:

Nas formações sociais capitalistas, estruturadas em classes sociais antagônicas diferenciadas pela posição respectiva nas relações de *produção* e de *circulação* da vida material, em que os indivíduos se relacionam como *proprietários do capital* ou como *possuidores de força de trabalho* – ou seja, na posição de capitalistas ou na posição de assalariados –, todos os fenômenos sociais da base econômica e das instituições de controle jurídico e político do Estado devem ser estudados na perspectiva dessas *classes sociais* fundamentais e da *luta de classes* correspondente, em que se manifestam as contradições e antagonismos políticos que determinam ou condicionam o desenvolvimento da vida social.

A Criminologia Crítica aproveita os pontos levantados pela teoria do *labelling approach* – desvela o sistema penal enquanto um mecanismo estigmatizante e mantenedor da desigualdade – bem como a crítica marxista – injustiça social exposta como o motor do modo de produção capitalista – e denuncia a função não declarada do sistema penal – “concretiza(r) a seletividade e estigmatização dos excluídos sociais, transformados então em criminosos, consolidando os postulados da ideologia oficial.”²⁸⁴

É salutar essa análise crítica das funções do Direito penal, desvelando, além do discurso oficial – proteção de bens jurídicos essenciais à convivência social – as

²⁸² BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 116. “Podemos, assim, dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas reações. Efeitos sociais não declarados da pena, também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal”.

²⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 6-7.

²⁸⁴ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. p. 71.

teorias penais que têm desenvolvido distintas missões ao poder punitivo, ressaltando, evidentemente, aquelas funções – assim denominadas pela efetiva ocorrência prática – as quais, ainda que não declaradas, são latentes.

Os movimentos de criminalização/descriminalização acabam influenciados pelas teses ora referidas. A fala (re)legitimadora do Direito Penal está edificada nas missões ora observadas, enquanto que o discurso da neocriminalização funda-se nas funções veladas do sistema.

3.2 TEORIAS (RE)LEGITIMADORAS DA PENA

O sistema político-criminal orbita ao redor de uma idéia central de pena, considerada a resposta – “mais dura e mais violenta de todas as intervenções estatais sobre a liberdade individual”²⁸⁵ – à transgressão da norma e conseqüente violação do bem jurídico. Visando fundamentá-la, a doutrina vem, ao longo dos tempos, formulando teorias justificadoras da pena.

Não obstante, essa construção teórica sofre constantes questionamentos, os quais gravitam em torno da sua incompatibilidade com a realidade, bem como as dificuldades de sua aplicação, sobretudo no Brasil, onde escopo como a prevenção especial (ressocialização) não passa de retórica.

Com efeito, as *funções formais* revelam uma sucessiva redefinição em seus fundamentos com o desiderato de justificar a (re)legitimação da tutela penal, motivando-a ora na retribuição total – teorias unitárias (garantismo) que avaliam a pena como limitação da vingança privada; ora na prevenção geral positiva – funcionalismo sistêmico (direito penal do inimigo) balizado na pena enquanto mecanismo de manutenção das estruturas normativas.

O discurso de deslegitimação do sistema penal, ancorado na absoluta ineficácia e ineficiência das estruturas estatais no que diz respeito ao cumprimento das funções *declaradas* da pena – retribuição e prevenção²⁸⁶ – com suporte na

²⁸⁵ KARAM, Vera Lúcia. Pelo rompimento com as fantasias em torno dos delitos e das penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 8. n. 29, jan.-mar. 2000. p. 335.

²⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. p. 43. “A história das transformações do sistema penal, na perspectiva da relação entre base econômica e mecanismos superestruturais de

Criminologia Crítica desvenda o que entende por funções *reais* da pena, qual seja, manter a estrutura desigual das classes sociais.

A seguir, serão analisadas as principais concepções legitimadoras da sanção penal – as teorias absoluta, relativa e unitária da pena – abrindo-se espaço, ainda que sumariamente, às objeções de maior relevância.

3.2.1 Teoria Absoluta: Função Retributiva

As teorias absolutas “recebem tal denominação por verem, embora sob perspectivas distintas e sob uma também distinta argumentação, a pena como um fim em si mesmo”.²⁸⁷

“A justificação da retribuição se encontrou primeiramente no fato de que o delito reclama puramente por si mesmo uma reação”, uma expiação²⁸⁸ do mal do crime. Nesta seara, a pena está alicerçada em uma função ético-social do Direito penal, atribuindo à sanção a retribuição – do mal causado por outro mal – proporcional ao crime, com nítida inspiração na moral cristã²⁸⁹ e de cunho idealista²⁹⁰ – segundo a fórmula de SENECA *punitur quia peccatum est*.

Importante ressaltar que a teoria retributiva da pena, ainda que não realize a assunção de fins à sanção – prevenção – não nega a possibilidade fática da pena “pode(r) assumir efeitos reflexos ou laterais socialmente relevantes (de intimidação

controle, de Rusche a Kirchheimer, representa um avanço real da teoria criminológica radical: são as relações do mercado de trabalho, no período capitalista, que explicam a generalização da prisão como método de controle e disciplina das relações de produção (fábrica) e de distribuição (mercado), com o objetivo de formar um novo tipo humano: a força de trabalho necessária e adequada ao aparelho produtivo”.

²⁸⁷ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. p. 18. MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Parte General. p. 52. “Esta función se funda em uma exigência *incondicionada* – ya sea religiosa, moral o jurídica – de Justicia, puesto que ésta no puede depender de conveniências utilitárias relativas de cada momento, sino que se impone com caráter *absoluto*.”

²⁸⁸ Para Platão a pena seria um meio de expiação. Esse sentido conota um caráter religioso.

²⁸⁹ Legitimação da aplicação da pena como mandamento de Deus. Nesse entendimento, o magistrado seria o representante da divindade que realiza na terra a justiça divina. Essa noção está aliada à correlação crime/pecado.

²⁹⁰ Significa o direito não como ele é e sim como *deve ser*, no sentido de representação de um ideal de justiça.

da generalidade das pessoas, de neutralização dos delinquentes, de ressocialização), nada disso contende com a sua essência e natureza (...).²⁹¹

Sob a denominação *teorias retributivas* é possível agrupar todas as fundamentações que identificam a pena na necessária resposta – castigo – à violação da norma – crime/pecado. O discurso retributivo pode ser dividido em retribuição: divina – “sustenta-se sob três pilares fundamentais: a vingança, a expiação e o reequilíbrio entre o delito e a pena” –; moral – “o fundamento do direito de reprimir é o imperativo categórico²⁹² do dever” (Kant) –; e a retribuição jurídica²⁹³ – “fundamenta-se no princípio de que o Estado busca a manutenção da ordem jurídica e o crime causa a destruição do Direito” (Hegel).²⁹⁴

Para KANT²⁹⁵ a pena confirmaria o caráter *inviolável da justiça*, a necessidade moral da pena²⁹⁶ seria obra de um “imperativo categórico”, pelo qual “*aquele que mata deve morrer*, para que cada um *receba o valor de seu fato e a culpa do sangue* não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados”²⁹⁷.

Hegel desenvolve a análise da pena segundo um método dialético: o delito seria a negação da vontade geral representada pela ordem jurídica – violência contra o direito – pela vontade individual do delinquentes; a pena imposta seria então a negação desta negação através do castigo penal – violência que anula a primeira violência; para que então (re)surja novamente a afirmação da vontade geral.²⁹⁸

²⁹¹ DIAS, Jorge Figueiredo de. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. p. 91.

²⁹² BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 289. Preocupa-se, portanto, em fundamentar a prática moral não na pura experiência, mas em uma lei aprioristicamente inerente à racionalidade universal humana; quer-se garantir absoluta igualdade aos seres racionais ante à lei moral universal, que se expressa por meio de uma máxima, o chamado imperativo categórico, que se resume a uma única sentença, conforme segue: ‘O imperativo categórico é, pois, único, e é como segue: *age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal*’.

²⁹³ COSTA, Claudia Pinheiro da. **Sanção Penal**. Sua Gênese. Tendências Modernas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 41/42. “Desta forma, o traço diferenciador de Hegel e Kant, é que o primeiro visualiza a retribuição pelo aspecto jurídico-dialético, reposicionando o criminoso na comunidade jurídica e o segundo pelo aspecto moral. Para Kant a pena é um *imperativo categórico* que encontra em si sua própria justificação”.

²⁹⁴ ROCHA, Fernando. A. N. Galvão. **Direito Penal**. Curso Completo. Parte Geral. p. 7/12.

²⁹⁵ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. p. 330. Acerca da fundamentação de Kant: “Tanto como a pena está moralmente justificada somente como retribuição justa – também em mãos do Estado –, não é necessário para sua própria existência como comunidade jurídica. O Estado não pune a fim de que exista, em geral, no mundo justiça, mas a fim de que exista uma ordem jurídica na vida da comunidade (validade e observância de sua ordem jurídica)”.

²⁹⁶ Kant rejeita qualquer fim utilitário ou conveniente politicamente que possa ser emprestado à pena. Considera o princípio talional a verdadeira justiça.

²⁹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 462.

²⁹⁸ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. p. 52.

DIAS²⁹⁹ assinala a importância da retribuição por ter colocado em evidência o princípio da culpabilidade, cuja função reside em uma “incondicional *proibição de excesso*; a culpabilidade não é *fundamento* da pena, mas constitui seu limite *inultrapassável*.”

Filosoficamente, haja vista a máxima kantiana segundo a qual o homem não pode ser tratado como *meio*, a teoria retributiva “eleva a valor supremo da dignidade humana e de proibir a instrumentalização do homem em função de fins utilitários ou preventivistas”.³⁰⁰ Por fim, a proporcionalidade da pena, segundo a culpabilidade, é uma criação retribucionista salutar.

No tocante às objeções à teoria absoluta da pena, ressalta-se, inicialmente que não cabe à pena a realização da justiça e sim algo muito menor – possibilitar a convivência social através da punição de conflitos. Haja vista a abertura conceitual do termo *justiça*, “tais doutrinas revelam-se idôneas para justificar modelos não liberais de direito penal máximo”³⁰¹, uma vez que a sanção fundamenta-se em si mesma, abrindo espaço ao arbítrio estatal.

“A afirmação teórica da separação entre direito e moral é uma *tese científica*, que exclui enquanto constituinte de uma falácia a idéia de que a justiça seja uma condição necessária ou suficiente para a validade das normas jurídicas”.³⁰²

O caráter moral – imperativo categórico – da retribuição é contestado por não possuir argumento racional e por fundamentar-se no caráter metafísico (divino) da sanção caindo no erro de da confusão entre direito e moral. Assevera SANTOS³⁰³:

(...) retribuir, como método de expiar ou de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença – e, nessa medida, constituir um ato de fé –, mas não é democrático, nem científico. Não é democrático porque o Estado democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo – e não em nome de Deus – além disso, o direito penal não tem por objetivo realizar vinganças, mas proteger bens jurídicos. Por outro lado, não é científico porque a retribuição do crime pressupõe um dado indemonstrável: a liberdade de vontade do ser humano, pressuposta no juízo de culpabilidade.

²⁹⁹ DIAS, Jorge Figueiredo de. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. p. 132.

³⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Direito Penal**. Parte Geral. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 665.

³⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal.p.. 240.

³⁰² FERRAJOLI, Luigi. Obra citada. p. 205.

³⁰³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. p. 463/464.

A secularização do Direito penal impede a valoração moral de seus fins:

o Estado democrático pluralista e laico dos nossos dias não pode se arvorar em entidade sancionadora do pecado e do vício, tal como uma qualquer instância o define. Mas tem de se limitar a proteger bens jurídicos; e para tanto não se pode servir de uma pena conscientemente dissociada de fins tal como é apresentada pela teoria absoluta.³⁰⁴

Enfim, dentre várias objeções, é possível afirmar que a teoria retributiva peca ao fundamentar a absolutização da pena e, por consequência do Estado, ao pressupor as normas já estabelecidas como justas, ao tornar absoluto o conceito de delito, bem como ao desconsiderar a fragmentariedade do direito penal.

3.2.2 Teorias Relativas: Prevenção Geral e Especial

Para as teorias relativas a pena não é um preceito moral derivado da idéia de justiça, e sim se constitui em uma ferramenta para a prevenção do delito. Teria, dessa forma, contrariamente à teoria absoluta, um fim em si mesmo (justificativa) – o combate à delinqüência (profilaxia criminal).

A teoria relativa trabalha uma perspectiva utilitarista da pena, conforme se constata na afirmação de BRUNO³⁰⁵, “a justificação da pena está na sua necessidade social, no fim de manutenção e segurança da ordem de Direito, pela prevenção do crime. A sua função é de instrumento de defesa da sociedade”.

A função preventiva foi desenvolvida ainda na antiguidade³⁰⁶, mas foi somente possível a partir de Feuerbach³⁰⁷ o estabelecimento da distinção entre suas duas variantes, as quais possuem, ainda, duas formas de atuação: intimidação geral

³⁰⁴ DIAS, Jorge Figueiredo de. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. p. 94/96.

³⁰⁵ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 14.

³⁰⁶ MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. p. 391. “La teoría más antigua del derecho penal de la que tenemos conocimiento, es la del sofista PROTÁGORAS (480-411 a. de J.C.). Es una teoría relativa y se dirige contra la de la retribución y el criterio del tálion que dominaban en las épocas anteriores, ‘Condena la retribución en el sentido de una venganza insensata y reclama un castigo razonable con fines de intimidación, corrección e inocuización’.

³⁰⁷ JESHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. p. 63. Nos ensinamentos do penalista, *Paul Johann Anselm v. Feuerbach* foi o primeiro a distinguir claramente a perspectiva teórica entre presenção especial e geral. O criminalista alemão teria levado a teoria penal da Ilustração ao seu ponto culminante, vinculando a ela a prevenção geral com a cominação penal e colocando-a no centro do sistema.

– prevenção geral (positiva e negativa); e a prevenção de futuros delitos considerados individualmente – prevenção especial (positiva e negativa).

O recurso argumentativo utilizado na defesa da prevenção geral negativa é a *intimidação* – coação psicológica – que a aplicação da pena causa nos indivíduos componentes de uma dada comunidade de forma a conduzi-los a não delinquir – prevenção geral negativa – *criminalização pretensamente exemplarizante*.³⁰⁸

Esse posicionamento não ficou imune a críticas. Axiologicamente avaliada, a teoria é questionada, haja vista que, ao utilizar o utilitarismo penal – conectado aos ideais iluministas – vale-se do homem/criminoso como meio para o fim proposto – prevenção intimidatória do delito, vindo a separar “forçosamente o direito de sua base ética”.³⁰⁹ Cabe, enfim, a objeção efetuada por KANT e apontada por FERRAJOLI³¹⁰, “segundo a qual nenhuma pessoa pode ser utilizada como meio para fins a ela estranhos, ainda que sociais e elogiáveis”.

Em relação aos seus efeitos psicológicos – (im)provável efeito contramotivador da norma jurídica – não há uma comprovação de que a sanção tenha o condão de desestimular a prática de (futuras) infrações.

Em sua forma *positiva*, a prevenção geral cumpriria o papel de estabilização social – normatização das relações sociais, por intermédio do adestramento dos destinatários da norma à lealdade do direito, de modo que “imprime, radica e transmite hereditariamente na consciência dos cidadãos o sentido do lícito e do ilícito, não só jurídico como moral”.³¹¹

BETTIOL³¹² faz um importante esclarecimento acerca da proteção valorativa: “todos sabem que o Direito Penal é, antes de mais, tutela de valores, na medida em que se esforça por dirigir a atividade humana, de modo que esta siga sempre aquela ordem moral e social que o homem, como pessoa, deve respeitar”.

WELZEL³¹³ realiza a *conexão* entre o Direito Penal e os valores elementares da ética-social. Ademais, defende a primazia do desvalor da ação sobre o desvalor do resultado, em que “antes de evitar determinados resultados lesivos, importa assegurar a vigência dos valores éticos”. A pena teria o condão, portanto, de

³⁰⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; et. Al. **Direito penal brasileiro**. p. 117.

³⁰⁹ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. p. 332.

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p.. 257.

³¹¹ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. O Criminoso e o Crime. p. 122.

³¹² BETTIOL, Giuseppe. **O Problema penal**. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 100.

³¹³ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. p. 39.

formatar na consciência dos cidadãos o respeito a determinados valores e, dessa forma, incutir a fidelidade à norma.

Questiona-se o fundamento da pena em uma função pedagógica – fomentar valores e sentimentos ético-sociais na comunidade – haja vista a sua impossibilidade de comprovação fática, bem como o desvirtuamento produzido pela justificação de meios em razão dos fins visados.

O colapso das teorias justificadoras da pena dá impulso a novos fundamentos para a sanção penal, promovidos pelo discurso da dogmática penal. JAKOBS³¹⁴, inspirado na teoria sistêmica de LUHMANN³¹⁵ e na visão macrosociológica do crime de DURKHEIN³¹⁶, analisa a pena reduzindo a sua função “nos sistemas sociais à sua *expressão simbólica* de reafirmação contrafática da fidelidade devida às normas jurídicas de um dado ordenamento jurídico”.³¹⁷

Parte-se da categoria sistema a qual, projetada no Direito penal reduz o encargo da pena segundo a perspectiva da sua funcionalidade para o sistema – estabilização das expectativas sociais através da manutenção da estrutura normativa – prevenção geral positiva.

Com bem observa BACIGALUPO³¹⁸: “La piana tine, em este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general em las mismas”.

A teoria funcionalista de JAKOBS engendra-se da seguinte maneira: o Direito regula fatos sociais, sendo o delito a frustração das expectativas normativas, isto posto, a pena nada mais é que a confirmação – contrafática – da vigência da norma (verdadeiro fato social) – sistema – pela prevenção de crimes através da sustentação normativa. Em suma: a missão imediata do Direito penal é resguardar a norma e, dessa forma, mediatamente proteger bens jurídicos.

Conforme preconiza BARATTA³¹⁹, Jakobs analisa as mudanças da modernidade como uma “mudança de concepção liberal do direito penal ‘orientado

³¹⁴ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do Direito Penal**.

³¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**.

³¹⁶ ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 296. “(...) revela a quebra do modelo no qual a sociedade é um organismo cujas células são expulsas as enfermas. (...) Para Durkheim, o delito deixa de ser uma agressão à sociedade, claramente negativa, para converter-se num fenômeno que, visto na totalidade, tem uma função positiva, que é o fortalecimento da ‘consciência coletiva’ mediante a reação pública que gera.”

³¹⁷ DIAS, Jorge Figueiredo de. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. p. 100.

³¹⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Principio de Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Madri (Espanha): Ediciones Akal S.A., 1994. p. 24. “La piana tine, em este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general em las mismas.”

ao cidadão', para uma concepção *autoritária* de um direito penal 'orientado ao inimigo'".

Preocupa-se, dessa forma, com aqueles casos de violação a bens jurídicos culturalmente importantes (fomentados pelo atuar midiático), aos quais a reação popular é manifesta exigindo punições para o caso concreto – reafirmação da confiança no sistema.

As principais objeções à teoria *totalizadora* da pena criminal do funcionalismo sistêmico rejeitam: a função do Direito penal consubstanciada na manutenção do sistema; a ausência de conteúdo das expectativas de sistema, a qual serviria a qualquer modelo de Política Criminal, desde o garantista até o Estado policial e, finalmente, o desrespeito às garantias fundamentais, como a liberdade, a igualdade, a presunção de inocência, o devido processo legal.

Referida construção teórica não promove o questionamento das origens de determinado problema social elegido à categoria normativa. Conseqüentemente, há uma perpetuação de determinados problemas relacionados à criminalidade, através de uma ilimitada intervenção penal, (des)estabilizando a ordem social.

Dentre as teorias relativas, o escopo impeditivo de futuros delitos também pode se dar através da prevenção *individual* ou *especial*, a qual busca atuar não sobre a comunidade, dirige-se aos indivíduos que já tenham delinqüido, intencionando evitar que venham (novamente) a reincidir³²⁰.

A prevenção especial dá-se *negativamente* “através da *neutralização* (ou *inocuidade*) do criminoso”, com o intuito de evitar que o apenado venha a cometer outros delitos contra a sociedade. Realiza-se através do isolamento, “baseada na premissa de que a *privação de liberdade* do condenado produz *segurança social*”.³²¹

O efeito dissuasório da pena não se comprovou, como analisa KARAM³²²:

A ameaça, mediante normas penais, não evita a formação de conflitos ou a prática dos ditos delitos. Ao contrário, com o passar dos tempos, os conflitos e os ditos delitos multiplicaram-se e sofisticaram-se, sendo, aliás, ponto forte do discurso contemporâneo dominante em torno de um descontrolado aumento do número de delitos.

³¹⁹ BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal**: lineamentos de uma teoria do bem jurídico.

³²⁰ Reincidência aqui utilizada no sentido amplo de cometer novamente um delito.

³²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 465.

³²² KARAM, Vera Lúcia. **Pelo rompimento com as fantasias em torno dos delitos e das penas**. p. 337.

Positivamente, a prevenção especial atua por meio da falaciosa justificação da reeducação do delinqüente – anormal – como modelo de *reforma interior* (moral)³²³ do apenado: “se pretende fazer agir sobre a total personalidade do condenado um sistema de forças de adaptação e de convencimento orientadas no sentido de corrigir as causas de seu extravio e reintegrá-lo na comunidade local”.³²⁴

Podem ser apontadas quatro correntes fundamentais as quais “advogaram ou ainda advogam essa forma de justificação do direito de punir: o *correcionalismo espanhol*³²⁵; o *positivismo italiano*³²⁶; a chamada *moderna escola alemã* de VON LISZT e, mais recentemente, o *movimento de defesa social*³²⁷ (...).”³²⁸

Construído sob uma dicotomia entre o material e o espiritual, o positivismo alemão, sobretudo graças à concepção de seu maior expoente VON LISZT³²⁹, universaliza a teoria da prevenção positiva ao sustentar que a pena tem um conteúdo teleológico preventivo, geral e especial, sobretudo o individual, o qual atua

³²³ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. p. 25.

³²⁴ DIAS, Jorge Figueiredo de. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. p. 105.

³²⁵ O positivismo correcionalista de Dorado Montero, com seu *direito protetor* dos criminosos, parte da premissa de que o criminoso (anormal) precisa ser readaptado à sociedade, “já que a sociedade quer proibir determinadas condutas, e os homens não são livres, mas determinados para realizá-las, devem eles ser corrigidos para não incorrer nelas, sendo este um direito dos homens que vivem em sociedade e não da sociedade em si”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 292. O fim da pena, portanto, é a emenda ou correção do criminoso – cura da anomalia da vontade – para que então esteja apto a retornar ao convívio social.

³²⁶ A Escola Positiva (Lombroso, Ferri e Garófalo), ancorada no progresso das ciências físico-naturais, no cientificismo, no mecanicismo e na utilização do método empírico, característico daquelas ciências, fundamenta o Direito penal sob o prisma biológico – Lombroso – e sociológico – Ferri e Garófalo. BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 71. “Os positivistas puseram em dúvida, antes de mais nada, o ponto de partida do Idealismo: a liberdade de vontade (o livre-arbítrio)”, o que redundará numa concepção determinista do Direito penal, condicionando o crime a fatores biológicos – atavismo – e sociológicos – periculosidade. Como consequência, o positivismo penal propõe a substituição da pena – caracteristicamente retribucionista – pela medida de segurança – reeducação.

³²⁷ O neodefensismo social, cujos autores de maior destaque são Marc Ancel e Filippo Gramática. Marc Ancel procura se desvincilhar do conceito de *defesa social* arquitetado pelos positivistas italianos, concebendo-a como “uma reação contra as concepções metafísicas que fundamentam o direito penal tradicional, mas por outro lado, afirma o indeterminismo que, iniludivelmente, é um conceito que pode ser chamado de ‘metafísico’”. ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Obra citada. p. 307. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1. p. 56. “O fundamento básico dessa corrente é a defesa social pela adaptação/ressocialização do delinqüente e não pela sua neutralização. (...) Funda-se a política criminal na responsabilidade individual, inserida no processo de ressocialização social. A idéia de proteção social adstrita à sanção penal se apresenta como substitutivo da noção repressão-retribuição, realizando-se através de um conjunto de medidas penais e extra penais ligadas à periculosidade. O tratamento penal é visto como um instrumento preventivo.”

³²⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. p. 54.

³²⁹ VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. p. 143/144.

através da tríade – inocuização (negativa), intimidação e correção (positiva). Vários seriam os efeitos da execução penal, podendo ser combinados ou isolados:

A execução atua:

1º sobre os membros da coletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos;

2º igualmente sobre o ofendido, a quem, além disso, proporciona a *satisfação* de que o atentado dirigido contra sua pessoa não escapa à devida punição;

3º especialmente sobre o delinqüente mesmo. Conforme a natureza e a extensão do mal da pena, diferente pode ser o centro de gravidade do efeito exercido sobre o delinqüente pela execução penal.

a) a pena pode ter por fim converter o delinqüente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o efeito que a pena visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinqüente.

b) a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinqüente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade de perpetrar novos crimes, segregá-lo da sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinqüente é reduzido ao *estado de inocuidade* (Unschädlichmachung).

A prevenção especial também está sujeita a críticas teóricas em que pese não limitar-se a função da pena à ressocialização, critério essencialmente mitológico³³⁰, o qual não pode ser exclusivamente considerado como embasamento da intervenção penal. Ademais, em que pese fundamentar a pena na culpa (*lato sensu*), embora resulte em limite intransponível da medida da pena – medida pela culpabilidade – a culpa é uma baliza insuficiente ao juízo de necessidade da sanção.

A prevenção individual positiva queda-se deficiente porque oferece um amplo campo de atuação estatal fundado em premissas indeterminadas e insustentáveis: *periculosidade* e *ressocialização*.

A periculosidade aborda o delinqüente como um ser anormal – sub-espécie – e o crime como doença, justificando o atuar (máximo) do Estado – terapêutico/pedagógico – através de uma guerra declarada, em reação típica de direito penal de autor.

³³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. Sobre a Crise da Pena de Prisão e da sua mitológica função ressocializadora, o autor assevera que: “A crítica tem sido persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o *objetivo ressocializador* da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado”.

A ressocialização está em crise, por nem sempre ser necessária (delinqüente ocasional) ou factível (criminoso incorrigível) ou ainda pela gama de questões que mantém em aberto, como o modelo de sociedade a ser seguido³³¹, os resultados visados e os meios que a sustentarão. Devem ser tomadas as lições de KARAM³³²:

A idéia de ressocialização, a pretender concretizar o objetivo de evitar que o autor do delito volte a delinqüir, através de sua reeducação e reintegração à sociedade é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a idéia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-se dela.

Por fim, além de ilusória e faticamente fracassada, a prevenção especial é antigarantista, posto que, no afã de *neutralizar* o delinqüente olvida-se de estabelecer limites ao Estado, fomentando um direito penal máximo.

Em que pese as objeções acima referidas, a prevenção especial tem o mérito de conceber um critério finalístico à sanção, qual seja, visar a reintegração entre o delinqüente e o meio social³³³, ainda que o meio escolhido seja questionável.

3.2.3 Teorias Unificadoras

A doutrina dominante nos dias atuais, opção da legislação penal brasileira³³⁴, promoveu a união dos princípios legitimadores das teorias absolutas e relativas.

³³¹ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 28. “Os que partem da co-responsabilidade social no fenômeno da delinqüência, negam o direito da sociedade de ‘ressocializar’ o autor e propõem a ‘ressocialização da sociedade’ ”.

³³² KARAM, Vera Lúcia. **Pelo rompimento com as fantasias em torno dos delitos e das penas**. p. 339.

³³³ DIAS, Jorge Figueiredo de. **Questões fundamentais de Direito Penal revisitadas**. p. 133. “A medida de *necessidade de socialização* do agente é, pois, em princípio, o critério decisivo das exigências de prevenção especial, constituindo hoje – e devendo continuar a constituir no futuro – o vetor mais importante daquele pensamento. Ele só entra em jogo, porém, se o agente se revelar *carente de socialização*.”

³³⁴ Conforme a opção do legislador brasileiro, adota-se a teoria unificada da pena, atribuindo-lhe ambas prerrogativas, o que se evidencia no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, o qual estabelece que a pena deve ser suficiente para a retribuição e prevenção do crime. A prevenção especial positiva – de correção ou ressocialização, realizada através do trabalho de psicólogos, educadores, assistentes sociais, é a principal função atribuída à pena no discurso oficial atual, e está formalmente prevista no artigo 1º da Lei de Execuções Penais: *Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*

A impossibilidade de coincidência específica dos dois fins – pena justa, mas inútil ou vice-versa – permite configurar dois enfoques diferenciados da teoria eclética: a orientação liberal – *preponderância da justiça sobre a utilidade*³³⁵ –; ou conservadora – predomínio da prevenção sobre a repressão –; os quais serão determinados pela aproximação maior a uma função específica – retribuição como limite da sanção (*progressistas*) ou como fundamento da pena (*conservadoras*).

Dentre as diversas concepções unitárias da pena merecem especial referência as teorias de CLAUS ROXIN e LUIGI FERRAJOLI.

A concepção *dialética* de Roxin parte da distinção de três etapas no processo de penalização: a primeira é a cominação da pena (atribuída na lei), depois, passa-se à aplicação efetiva da sanção pelo magistrado (cominada na sentença) e, finalmente a execução da pena (cumprimento efetivo).

Com essa diferenciação, Roxin permite-se selecionar a função da pena, sem, contudo, promover uma separação estanque, afirmando a predominância de uma função determinada em cada fase respectiva.

A teoria unificadora de Roxin parte de dois corolários fundamentais: a função estatal utilitarista pelo desempenho com duplo desígnio – amparo de bens jurídicos e garantia das prestações públicas; e o caráter subsidiário da tutela penal – a última *ratio* do controle social (exclui-se, portanto, a intervenção penal em atos meramente morais). Dialeticamente, Roxin nega os erros anteriormente cometidos pelas teorias monistas, assim como as da união, visando repará-los.

No que tange ao primeiro estágio – cominação sancionatória – cumpre à pena uma função meramente preventiva (geral). Não obstante, nega o caráter intimidatório da reprimenda penal. A prevenção agiria em duas frentes – assegura, pela previsão legal, as condições essenciais de existência ao prever condutas as quais deverão os cidadãos abster-se; em segundo lugar, – fundamenta a limitação do atuar penal pelas garantias salutares da proteção de bens jurídicos e do cumprimento das prestações públicas e de assistência social.

Na segunda fase – aplicação da pena na sentença por via judicial – os fins preventivos especiais quedariam-se limitados pela culpabilidade. Nega a culpabilidade como suposto *fundamento* da pena – retribuição – afirmando seu caráter restritivo dos abusos impetrados pelo poder público.

³³⁵ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 29.

Finalmente, “no seu último estágio, a pena continuaria – já na fase de execução – com o propósito de prevenção geral, porém, voltada à reinserção (ressocialização) do infrator”.³³⁶ É na execução que a atitude utilitarista mostra-se efetiva ao impor determinados limites (garantistas) à pena, impondo proibições a penas cruéis e desumanas³³⁷.

As objeções à teoria de Roxin centram-se no suposto caráter metafísico da culpabilidade – critério limitador do *ius puniendi* estatal – haja vista a sua (in)verificabilidade ou demonstrabilidade. Não há, neste ponto, um juízo de certeza (absoluto) da culpabilidade, ela não é calculável (maior ou menor culpabilidade) e tampouco, por ilimitá(da)vel, pode ser tomada como um limite de algo.

SANTOS³³⁸ objeta que as teorias unificadoras não conseguem evitar as mesmas falhas antes denunciadas nas teorias da prevenção geral e especial, bem como, abre caminho ao poder punitivo pois legitimaria a opção da teoria mais adequada segundo interesses pré-determinados.

A teoria garantista, por intermédio de FERRAJOLI, defende a função da pena como prevenção geral negativa através de uma dupla função de proteção: prevenção geral dos delitos, evitando que se faça justiça com as próprias mãos – abriga o delinqüente – e, limitação do Estado – prevenção geral das penas injustas e excessivas.

³³⁶ HIRECHE, Gamil Föppel el. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Fporense, 2004. p. 82. O autor cita uma passagem de Problemas Fundamentais de Direito Penal – CLAUS ROXIN: “Não é lícito ressocializar com a ajuda de sanções jurídicos penas pessoas que não são culpadas de agressões insuportáveis contra a ordem dos bens jurídicos, por mais degeneradas e inadaptadas que sejam essas pessoas. Caso este ponto de vista seja ignorado, estaremos sob a ameaça do perigo de uma associação coletivista que oprime o livre desenvolvimento da personalidade. As consequências da garantia constitucional da autonomia da pessoa devem, pois, respeitar-se igualmente na execução da pena. É proibido um tratamento coativo que interfira com a estrutura da personalidade, mesmo que possua eficácia ressocializante – o que é válido tanto quanto à castração de delinqüentes sexuais, como quanto à operação cerebral que transforma contra a sua vontade o brutal desordeiro num manso e obediente sonhador.”

³³⁷ Bentham: Princípio utilitarista: busca do prazer e minimização da dor.

³³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos de aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Juris, 2005. p. 24. “A crítica jurídica e criminológica sobre as teorias unificadas da pena criminal afirma que os defeitos das teorias isoladas não desaparecem com a reunião de funções (a) de compensar ou expiar a culpabilidade, (b) de corrigir e neutralizar o criminoso e (c) de intimidar autores potenciais de manter/reforçar a confiança no Direito. Por exemplo, completar a função de retribuição com a função de prevenção especial ou geral, significa admitir a insuficiência da retribuição sob forma de prevenção etc. Além disso, a admissão de diferentes funções da pena criminal, determinada pela cumulação de teorias contraditórias e reciprocamente excludentes, significa adotar uma pluralidade de discursos legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto.”

ROCHA³³⁹ observa que, para Ferrajoli

o objetivo de prevenir as penas arbitrárias e desproporcionais deve ser prevalente em relação ao escopo de prevenir a prática de novos delitos. (...) Se em suas origens o Direito Penal substituiu a vingança privada, (...) a regulamentação jurídica da repressão presta-se a evitar reações passionais ao fato delitivo e a garantir os direitos fundamentais do acusado contra os excessos (do Estado).

Amparado no princípio da intervenção mínima, a teoria garantista advoga a intervenção penal somente nas hipóteses de extrema necessidade, quando os demais ramos do direito mostrarem-se ineficazes para solucionar o conflito.

Conforme assevera CARVALHO³⁴⁰, a respeito da teoria agnóstica da pena,

ao contrário dos modelos defensivistas que demonizam o autor do ilícito penal, utilizando a pena como forma de tutela social, o modelo garantista recupera a funcionalidade do direito na restrição e imposição de limites ao arbítrio sancionatório judicial e administrativo.

A teoria garantista parte do abismo existente entre as funções declaradas e as realmente exercidas pelo poder punitivo e, fundado na percepção de que “a pena é ato político e de que o direito, com limite da política, é o parâmetro negativo da sancionalidade” propõe um utilitarismo reformado: “redução quantitativa e qualitativa da dor aos que cometerem crimes; (...) *máxima felicidade possível para a maioria não desviante e o mínimo sofrimento necessário para a minoria desviante*”.³⁴¹

FERRAJOLI³⁴² aduz a necessidade de um novo modelo de justificação:

É claro que, visto sob este prisma, o objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este, sim, é a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ou ofendido ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido (...) – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações mais severas.

³³⁹ ROCHA, Fernando. A. N. Galvão. **Direito Penal**. Curso Completo. Parte Geral. p. 25.

³⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. p. 148.

³⁴¹ CARVALHO, Salo de. Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. In. CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. p. 32.

³⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 311.

O escopo da sanção penal, segundo a teoria garantista é impedir o mal da vingança privada (em muitas vezes arbitrária e desproporcional) – prevenção de delitos e de castigos – bem como os excessos do poder punitivo estatal – preservação dos direitos humanos fundamentais.

3.2.4 Teorias Críticas

A teoria agnóstica da pena parte da crítica às teorias legitimadoras ou justificacionistas por intermédio da constatação de que, para referidas concepções, a pena cumpriria (sempre) uma função positiva – representaria um bem – e, como tal, teria o condão de fundamentar um discurso legitimante da intervenção penal.

Conforme preconizam ZAFFARONI e BATISTA³⁴³, ao legitimar o poder punitivo, haja vista a confusão entre *estado de polícia* e *estado de direito*, referidas teorias “invocar(m) o estado de direito para legitimar (ainda que seja parcialmente) um poder próprio do estado de polícia”.

Com base nesta premissa, esse discurso defende uma *teoria negativa*, tendo como marco fundamental a negação das funções declaradas ou manifestas do discurso oficial (retribuição e prevenção) – inserindo-se, dessa forma, na Criminologia Crítica – e como um dos suportes teóricos essenciais a constatação capital de Tobias Barreto de que a pena não é um conceito jurídico e sim um conceito político – fundamento jurídico da guerra.³⁴⁴

Revelando o fracasso de todas as teorias positivas, a *teoria agnóstica da pena*, cujos principais representantes são ZAFFARONI e BATISTA, visa ampliar a

³⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; et. Al. **Direito penal brasileiro**. p. 96. Sobre as distinções entre o *estado de polícia* e o *estado de direito*: “Para o primeiro modelo, submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa acatamento a regras anteriormente estabelecidas. O primeiro pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende a uma justiça *substancialista*; o segundo pressupõe que pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça *procedimental*. A tendência substancialista do primeiro o faz pender para um direito *transpersonalista* (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado, etc); o procedimentalismo do segundo, para um direito *personalista* (para os humanos). O primeiro é *paternalista*: considera que deve castigar e ensinar a seus súditos e, inclusive, tutelá-los ante suas próprias ações autolesivas. O segundo deve respeitar todos os seres humanos por igual, porque todos têm consciência que lhes permite conhecer o bom e o possível, e, quando articular decisões de conflitos deverá fazê-lo de modo a afetar o menos possível a existência de cada um, conforme seu próprio conhecimento: o estado de direito deve ser *fraterno*”. p. 93/94.

³⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; et. al. **Direito penal brasileiro**. p. 109.

segurança jurídica de *todos os cidadãos* através da redução do poder punitivo³⁴⁵ do estado de polícia e conseqüente ampliação do estado de direito por intermédio do aumento de poder das agências jurídicas³⁴⁶.

Haja vista a inaptidão do sistema penal – modelo punitivo retribucionista e prevencionista (em todas as suas matizes, geral e especial, positiva e negativa) – em solucionar os conflitos sociais e por intermédio da assunção do caráter político da pena, a teoria agnóstica, negando o que considera falsas teorias legitimantes propõe uma teoria que regule e controle o poder punitivo, através da redução do poder do estado de polícia.

SANTOS³⁴⁷ preconiza que a teoria agnóstica – *uma teoria crítica, humanista e democrática do Direito penal* – apesar de tomar como ponto de partida fundamental a produção seletiva de esteriótipos pelo sistema penal, não assume uma concepção *materialista/dialética* da pena, ou seja, descarta o conceito de *modo de produção da vida social* como método de análise dos fenômenos sociais, pecando, dessa forma, pela ausência de determinações históricas concretas acerca dos fenômenos envolvidos e por olvidar-se da denúncia ao discurso ideológico mantenedor dessa realidade.

SANTOS³⁴⁸ ressalta que a vertente crítica *materialista / dialética* é “desenvolvida pela tradição marxista em criminologia, formada por PASUKANIS, RUSCHE/KIRCHHEIMER, MELOSSI/PARVARINI e BARATTA – para citar os mais conhecidos –, com a contribuição relevante do estruturalista FOUCAULT”.

A corrente materialista funda-se no materialismo histórico³⁴⁹ enquanto aporte teórico instrumental salutar ao entendimento do fenômeno jurídico, analisado através de um rigoroso determinismo econômico, marcado pela constante interação e

³⁴⁵ CARVALHO, Salo de. **Teoria Agnóstica da Pena**: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. p. 28. O autor destaca que Zaffaroni visualiza a possibilidade de (re)contruir o direito penal com a precípua finalidade de redução da violência do exercício do poder.

³⁴⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; et. Al. **Direito penal brasileiro**. p. 108.

³⁴⁷ SANTOS, Juarez Cirino do. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 475/476.

³⁴⁸ SANTOS, J. C. Oba citada. p. 475/476.

³⁴⁹ O materialismo de Karl Marx é histórico, pois pretende a explicação da história das sociedades humanas de todas as épocas através dos fatos materiais (econômicos e técnicos). É materialista porque tem por base as relações sociais como relações de produção. As relações sociais são inteiramente interligadas às forças produtivas: adquirindo novas forças produtivas os homens alteram o seu modo de produção e assim as relações sociais. MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **História**. Org. Florestan Fernandes. São Paulo: Ática, 1989. p. 233. “O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e intelectual. Uma sociedade jamais desaparece antes que estejam desenvolvidas todas as forças produtivas que possa conter, e as relações de produção novas e superiores não tomam jamais seu lugar antes que as condições materiais de existência dessas relações tenham sido incubadas no próprio seio da velha sociedade.”

interdependência entre dois níveis que compõem a estrutura social, a infra-estrutura e a superestrutura.

PASUKANIS³⁵⁰ inaugura essa explicação materialista da pena ao perceber:

a distância que existe entre o discurso do Direito Penal e a realidade social, asseverando que a preocupação do Direito Penal burguês – capitalista cinge se, tão-somente, a tentar realizar o princípio da reparação equivalente, ou seja, que a quantificação da pena se dê pela medida do trabalho humano medido em tempo. (...) Desse modo, apesar de estarem presentes no discurso de legitimação do Direito Penal burguês-capitalista os fins reeducativos da pena e a proteção da sociedade, não são esses os parâmetros utilizados para alicerçar a utilização do *jus puniendi*.

RUSCHE/KIRCHHEIMER³⁵¹, na mesma linha de pensamento, revelam que:

todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações produtivas, demonstrando a relação *mercado de trabalho/sistema de punição*: o trabalhador integrado no mercado de trabalho é controlado pela disciplina da fábrica, enquanto o trabalhador fora do mercado de trabalho é controlado pela disciplina da prisão.

MELOSSI/PARVARINI³⁵², no mesmo sentido, revelam a dependência do sistema de disciplina implantado pelo poder punitivo – penitenciárias – e as relações de trabalho existentes na fábrica com o fito de reprodução e manutenção da exploração das classes.

BARATTA integra as referidas concepções – funções reais do sistema punitivo – e através da Criminologia Crítica propõe uma gradual redução e substituição do Direito penal – minimalismo – conduzindo-o a uma abolicionismo, condicionado à superação do capitalismo como modo de (re)produção de classes.

3.3 CRIMINALIZAÇÃO: (RE)VISITANDO GARANTIAS

O direito penal é um sistema de **limites e garantias (primeiro capítulo)**, articulando-se, através de barreiras claras e precisas ao (incontido) poder punitivo. O

³⁵⁰ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. p. 64.

³⁵¹ SANTOS, J. Obra citada. p. 479.

³⁵² MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. **Cárcere e fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan-ICC, 2006.

princípio da legalidade, fruto do pensamento iluminista reformador do século XIX, é uma dessas garantias. Seu cotejo é salutar para avaliar os processos de criminalização/descriminalização de condutas, posto que a lei estabelece os parâmetros orientadores da atividade estatal de seleção de crimes.

Não obstante, ainda que seja um critério definidor e orientador de políticas de contenção, a lei penal não basta por si só, sendo cogente que se circunscreva dentro de determinadas fronteiras – formais e materiais – de garantia ao cidadão frente o Estado.

Segundo o aporte teórico *garantista*, o princípio da legalidade formal impõe que a validade de uma norma, independentemente de seu conteúdo, esteja adstrita a critérios objetivos. O mérito desse postulado foi estabelecer o necessário rompimento entre Direito e Moral, entre Validade e Justiça, circunscrevendo a validade normativa à competência do órgão emanador e à observância do processo legislativo determinado.

No entanto, esse positivismo penal abriu terreno para políticas formalmente adequadas e substancialmente ilegítimas. O garantismo impõe, dessa forma, uma segunda revolução, pois subscreve a validade da norma à sua concordância com o conteúdo da Constituição. Luigi Ferrajoli denomina essa vertente da legalidade de *estrita legalidade* ou *legalidade substancial*.

Vigência e validade passam a cumprir papéis diferenciados, aquela atua como um elemento exclusivamente formal, enquanto que esta requer o cotejo substancial.

Segundo o *princípio da mera legalidade* ou da *lata legalidade* “se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito”³⁵³ – lei como condicionante. Critério estritamente formal ou legal de definição do desvio – equivale ao princípio da reserva legal e da conseqüente submissão do juiz à lei.

A simples legalidade da forma e da fonte é condição da vigência ou da existência das normas que prevêm penas e delitos, qualquer que seja seu conteúdo. O princípio convencionalista da mera legalidade é norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei.

³⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 93.

Por sua vez, o princípio da *legalidade estrita* exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal – lei condicionada. A legalidade estrita ou taxatividade dos conteúdos resulta de sua conformidade com as demais garantias e, por hipótese de hierarquia constitucional, é condição de validade ou legitimidade das leis vigentes.

O pressuposto necessário da verificabilidade ou da falseabilidade jurídica é que as definições legais que estabeleçam as conotações das figuras abstratas de delito e, mais em geral, dos conceitos penais sejam suficientemente precisas para permitir, no âmbito de aplicação da lei, a denotação jurídica (ou qualificação, classificação ou subsunção judicial) de fatos empíricos exatamente determinados.

De todos os axiomas, *aquele que caracteriza especificamente o sistema cognitivo SG é o princípio da legalidade estrita* – ocupa um lugar central no sistema de garantias e compõe-se dos seguintes princípios³⁵⁴:

- 1) princípio da necessidade – A3
- 2) princípio da lesividade – A4;
- 3) princípio da materialidade ou exterioridade da ação; A5
- 4) princípio da culpabilidade – A6;

O princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador – reserva absoluta de lei – mas contém em si um sentido substancial, ao impor determinadas exigências.

Os princípios penais podem ser agrupados, neste contexto, em dois grandes grupos: as garantias de validade formal – princípio da *mera legalidade* – e as de fundamentação substancial – *estrita legalidade* (composto pelos princípios da necessidade, lesividade e culpabilidade). A seguir, serão analisadas cada uma dessas garantias.

3.3.1 Princípio da Legalidade Formal ou Mera Legalidade

O princípio da legalidade *formal* ou *mera legalidade*, também denominado de reserva legal e conhecido como estrita legalidade, garante as liberdades do

³⁵⁴ Sem olvidar-se, contudo, das garantias processuais que, haja vista o enfoque desse trabalho não serão analisadas.

“indivíduo perante o poder estatal” e demarca “este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção estatal.”³⁵⁵

Nas lições de BACIGALUPO³⁵⁶, “a lei tem uma função decisiva na garantia da liberdade. Essa função costuma expressar-se na máxima³⁵⁷ *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*”, a qual estabelece uma vinculação do crime e da pena à previsão legal anterior e específica, determinando inúmeras consequências, sobretudo em relação aos seus destinatários.

Pode-se estabelecer como base indiscutível do princípio da legalidade, o pensamento iluminista oriundo, principalmente do século XIX e fomentador da Revolução Francesa.³⁵⁸

A doutrina contratualista iluminista, em cotejo com a necessidade de limitação do arbítrio do Estado absolutista, impõe o referido princípio, baseado na formulação de direitos naturais absolutos inerentes ao indivíduo e cognoscíveis através da razão com o fito exclusivo de garantir segurança e certeza a uma classe econômica e ideologicamente emergente – a burguesia.

A Escola Clássica, através de Beccaria³⁵⁹ estabeleceu de forma definitiva a imposição de previsão legal anterior quanto aos delitos e às penas, bem como a garantia do monopólio da função legislativa penal quedar-se no legislador – representante máximo da vontade geral.

³⁵⁵ NILO, Batista. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 65.

³⁵⁶ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 85.

³⁵⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. p. 21. “Embora Feuerbach tenha tido o mérito de construção da fórmula latina, além de dar-lhe uma fundamentação jurídico-penal, não só política, o certo é que esse princípio já se encontrava na *Magna Charta Libertatum* (século XIII), no *Bill of Rights* das colônias inglesas da América do Norte”.

³⁵⁸ Breve digressão histórica do referido princípio: Na antiguidade, sobretudo no Direito Romano, não havia vinculação à lei, o princípio da legalidade em matéria de Direito Penal era desconhecido pelo direito de Justiniano, “com sua *crimina extraordinaria* e conceitos de delitos mais amplos, quase ilimitados”. WELZEL, Hans. **Direito Penal**. p. 62. Durante a maior parte da Idade Média, o direito consuetudário prevalecia sobre a lei escrita, bem como era admitida a analogia em matéria penal. Andrei Zenkner Schimidt esclarece a controvérsia acerca da primeira formulação do princípio da legalidade: “Costuma-se citar como documento originário do princípio da legalidade a *Magna Carta Libertatum*.” Essa relação foi estabelecida devido a denominada *rule of law* presente no documento. “O conteúdo garantista, de seu texto, entretanto, vem sendo objeto de ressalva pelos estudiosos no assunto.” No final do século XIX, entretanto, o princípio da legalidade experimenta uma intensa crise. Como exemplo pode-se citar o direito penal alemão, com a instituição do regime Nacional Socialista foi editada (1935) “uma lei que modificou profundamente o alcance, possibilitando o uso de princípios ético-substanciais como condicionantes das punições”, esses princípios eram concebidos através do conceito indeterminado – sentimento do povo. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 136/137. Na mesma linha é apontada a União Soviética que, de 1922 e de 1926 autorizaram a analogia, mas, em 1958, o princípio da legalidade foi reintroduzido nesta federação.

³⁵⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 44. “Só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.

O primado da legalidade³⁶⁰ surge, portanto, da necessária substituição do governo de homens pelo governo de leis. “Por isso, a garantia política do princípio da legalidade informa que todo cidadão não será submetido, por parte dos poderes do Estado, a crimes ou a penas que não tenham legitimidade popular”.³⁶¹

A concepção de Feuerbach³⁶² sobre o princípio da legalidade assentava-se na compreensão da função da pena que, entendida como prevenção geral – coação psicológica – cumpria o papel de prévia ameaça legal, clara e precisa. A noção liberal e jusnaturalista do direito penal concebe o princípio como uma garantia de proteção dos direitos fundamentais do criminoso ante do poder punitivo estatal.

“Por isso, a garantia política do princípio da legalidade informa que todo cidadão não será submetido, por parte dos poderes do Estado, a crimes ou a penas que não tenham legitimidade popular³⁶³.”

Conforme salienta Andrei Zenkner Schmidt³⁶⁴, “no plano teórico-penal, o *princípio da legalidade* logrou seu apogeu com as lições de Ernest Von Beling³⁶⁵, no início do século XX”.

Com a tipicidade, a legalidade atinge seu auge, conforme observa Beling³⁶⁶: “a antijuricidade e a culpabilidade subsistem como notas conceituais da ação punível, mas concorre com elas, como característica externa, a *tipicidade* (adequação ao catálogo) (...) delimita(n)do o espaço (no qual) elas são puníveis”.

³⁶⁰ Como consequência dos ideais iluministas, o princípio da legalidade passa a receber reconhecimento constitucional, como podem ser citadas a Constituição Norte Americana de 1774, a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 e, finalmente, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. A primeira codificação penal a incluir o princípio foi a de D. José II da Áustria, de 1797 (Josephina). A fórmula latina se deve a Anselm von Feuerbach (em sua *Lehrbuch* de 1801) e no século XIX foi incluída no direito penal de quase todos os estados civilizados. Welzel. p. 62/63. “Certa exceção fez o Direito Penal Dinamarquês (Código Penal de 1966), no sentido de que – como sustentou Binding H. Mayer Handbuch. - admite uma punição análoga. Uma posição especial ocupa no direito penal inglês, porque se baseia somente em parte no direito escrito – o *statue law* – e, em outra parte, sobre a tradição jurídica do juiz – a *common law* – que, porém, condiciona fortemente o magistrado ao precedente de juizes anteriores.”

³⁶¹ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**. Fundamentos e Teoria do Delito. p. 76.

³⁶² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 66. “Ao contrário do que se difunde freqüentemente, das obras de Anselm von Feuerbach não consta a fórmula ampla ‘nullum crimen nulla poena sine lege’; nelas se encontra siim, uma articulação das fórmulas ‘nulla poena sine lege’. ‘nullum crimen sine poena legali’ e ‘nulla poena (legalis) sine crimine’.

³⁶³ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**. Fundamentos e Teoria do Delito. p. 76.

³⁶⁴ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. p. 141.

³⁶⁵ Beling, sem alterar o sistema analítico objetivo-subjetivo concebido por Liszt elabora uma distinção, dentro do tipo de injusto objetivo de duas qualidades do delito, qual sejam, a tipicidade e a antijuricidade. Ordena-se, dessa forma, o sistema objetivo-subjetivo Liszt-Beling que mais tarde é superado pelo finalismo.

³⁶⁶ BELING, Ernest Von. **A ação punível e a pena**. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007. p. 28.

A legalidade penal é um importante reflexo da secularização do Direito penal³⁶⁷, posto que, ao limitar a atuação estatal à prévia cominação legal, atua, materialmente, como uma restrição à eleição de tipos meramente morais que não representam, de fato, uma atuação em *ultima ratio*, prescindindo de razoabilidade.

No contexto histórico em que surgiu, é possível estabelecer o fundamento do princípio político da legalidade penal – necessidade de circunscrição da potestade punitiva – através da reserva legal na distribuição estatal das funções conferidas ao Estado (divisão dos poderes), incumbindo ao legislador estabelecer os tipos e as penas, e não aos demais poderes (soberania popular); bem como seu significado jurídico – a exigência da observância do Estado Democrático de Direito.

A concepção meramente formal do princípio da legalidade é um reflexo da adoção do Estado de Direito. Corolário da legalidade, a tripartição do Poderes impõe uma regra de competência – vinculação ao procedimento adequado – processo legislativo (artigos 59 a 69 da CR) e a imposição da capacidade exclusiva da União (art. 22, inciso I da CR), através do Poder Legislativo competente, para criar os tipos penais e a sanção respectiva.

Ainda que resumidamente, é possível apontar o significado político da legalidade formal através de quatro desdobramentos da adoção da reserva legal no Direito Penal que se dirigem diretamente às fontes do direito penal (*lex*) e podem ser expressos nas locuções latinas *lex stricta*, *scripta*, *praevia* e *certa*. É salutar a avaliação desses princípios haja vista o papel em que atuam na criação e previsão das normas criminais

O princípio da *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* opera a supressão³⁶⁸ da interpretação analógica, criativa ou extensiva, prejudicial ao imputado, aplicando-se tanto nas disposições gerais quanto nas especiais e nas extravagantes. Para tanto, engloba a descrição típica, a sanção e todas as circunstâncias que influem na dosimetria da pena.

³⁶⁷ Na esfera internacional, o princípio da reserva legal está expressamente reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos, de 1950, e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966. Em 14 de dezembro de 1990, a Resolução 45/110 da Assembleia Geral da ONU estabeleceu que as medidas não privativas de liberdade devem estar previstas em lei, e que o poder discricionário é exercido pela autoridade judiciária ou outra autoridade independente, competente em todas as fases do processo, assegurando-se a plena responsabilidade, de acordo com as normas legais.

³⁶⁸ Procura-se evitar a função criadora do magistrado, limitando a hermenêutica penal. A função jurisdicional, dessa forma, deverá partir de um silogismo – aplicação do preceito geral abstrato contido no comando normativo ao caso concreto – de forma fundamentada – motivação das decisões jurisdicionais (artigo 93, IX, da CF), e restrito ao princípio da legalidade.

O princípio da legalidade estrita impõe a restrição no que diz respeito à emanção de normas penais – lei ordinária federal – quedando-se algumas consequências específicas: impossibilidade de federalização do Direito Penal; competência exclusiva do Poder Legislativo como corolário da separação dos poderes; (in)constitucionalidade das normas penais em branco³⁶⁹.

A exclusão do direito consuetudário³⁷⁰ – decorre da prática reiterada de certo ato com a convicção de sua necessidade jurídica – como fonte de direito penal é imposta pelo princípio expresso na garantia – *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*. O princípio da legalidade atua como reserva *de lei*, ou seja, a incriminação de condutas bem como o agravamento de penas ou alteração de garantias constituem matéria reservada à lei (sentido estrito) que deverá ser prévia e escrita.

Com o desiderato de evitar que o direito penal seja manejado segundo interesses dominantes maquiados pelos detentores do poder, proíbem-se os costumes *contra legem* e *praeter legem*, destacando-se que, em relação a este último, a doutrina não se encontra pacificada³⁷¹. Em relação ao costume *secundum legem* o direito penal admite a sua utilização enquanto meio de interpretação do direito através das alterações promovidas pelos hábitos sociais.

Pode-se estabelecer mais um efeito do princípio da legalidade, a proibição da retroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF), que se sobrepõe à atividade

³⁶⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. No que tange às leis penais em branco o autor transcreve as lições de Mezger, o qual aponta três categorias de lei penal em branco: “a) quando o complemento de uma norma encontra-se na mesma lei; b) quando se encontra em outras leis, porém emanadas da mesma autoridade legislativa; c) quando o complemento é feito por uma norma de instância legislativa diversa.” Se analisada sob o viés garantista, é possível afirmar que apenas as duas primeiras estariam justificadas sob o ponto de vista formal, com relação à terceira forma apontada por Mezger é admissível, antes de considerá-la inconstitucional, permiti-la nos casos em que o núcleo essencial da conduta punível esteja completo e descrito na lei penal e que, de nenhuma forma a lei penal em branco venha atuar em seu lugar. Cumpre destacar, que se impõe à lei penal em branco a proibição da ampliação *in peius*, pois as normas extrapenais integram a descrição típica, desde que finalisticamente direcionadas.

³⁷⁰ A proibição da aplicação do costume no que diz respeito à criação de novos tipos penais ou de novas espécies de penas é instituída com o desiderato de evitar que o direito penal seja manejado segundo interesses dominantes maquiados pelos detentores do poder.

³⁷¹ Sobre o assunto: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito** p. 201/204. GIACOMOLLI, Nereu José. O Princípio da Legalidade Como Limite do *Ius Puniendi* e Proteção dos Direitos Fundamentais. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez. n. 23, jul./dez. 2006. p. 162. “Entretanto, admitimos a aplicação dos costumes para beneficiar o autor de um fato típico, num processo de descriminalização (diminuição dos efeitos punitivos), na aplicação de novas causas de justificação criminal ou mesmo para considerá-lo um tipo criminal morto. Isso porque o princípio da legalidade, num paradigma moderno do Direito Penal, serve de limite ao *ius puniendi*, de proteção ao jurisdicionado, ao suspeito, ao acusado, ao processado e ao condenado, mas jamais para restringir o direito de liberdade”.

legislativa e jurisdicional, segundo o adágio *nullum crimen, nulla poena, sine lex praevia*.

“A formulação teórica do princípio da anterioridade da lei penal vamos encontrar, ainda no campo filosófico, na obra de Beccaria”³⁷², Dos Delitos e Das penas que observava: “apenas as leis podem decretar as penas dos delitos e essa autoridade não pode residir senão no legislador”.³⁷³

Diante dessa conformação, impõe-se uma limitação em relação ao âmbito temporal de aplicação da lei – fato anterior não pode ser atingido por uma lei mais severa (*lex gravior*). É defeso, destarte, a retroatividade *in malam partem*, admite-se, excepcionalmente, a retroatividade nas hipóteses em que a nova lei seja mais benéfica ao autor do fato que a anterior (*lex mitior*). Essa exceção possui um limite específico, qual seja, é admitida somente *in bonam partem*.³⁷⁴

A lei penal descriminalizadora (*abolitio criminis*), bem como as demais normas penais que, de qualquer modo atenuam a situação do autor do fato punível aplicam-se ao passado, atingindo fatos anteriores à sua vigência.

É salutar a análise do princípio da anterioridade e a interpretação jurisprudencial³⁷⁵. Nessas hipóteses, somente haverá a incidência da jurisprudência³⁷⁶ quando mais favorável – seja porque atenua as conseqüências do fato ou mesmo por não mais considerar a conduta ilícita. A interpretação *gravior*, no entanto, não poderá retroagir.”

³⁷² MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Sedegra Sociedade Editora e Gráfica Ltda, 1971. p. 83.

³⁷³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**.

³⁷⁴ Em relação à lei penal no tempo, pode ocorrer que, a disposição legal anterior mais benévola ao autor do fato aplica-se a este, mesmo que uma norma posterior o regule, e este fenômeno se denomina ultra-atividade, a qual estaria justificada nas hipóteses de lei excepcional e temporária, afirmando-se que, caso esse efeito não estivesse garantido referidas normas seria inócuas. Ocorre que, o senso comum teórico brasileiro, composto por alguns *manuals* de Direito Penal tem afirmado a possibilidade da ultratividade da lei penal, nas hipóteses acima referidas, ainda que em prejuízo do réu (*malam partem*). Conforme ressalva Zaffaroni, “esta disposição legal (art. 3º do Código Penal) é de duvidosa constitucionalidade, posto que constitui exceção à irretroatividade legal que consagra a Constituição Federal (‘salvo para beneficiar o réu’) e não admite exceções, ou seja, possui caráter absoluto (art. 5º, inc. XL)”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 221.

³⁷⁵ Sobre o assunto: SALOMÃO, Heloísa Estellita. Princípio da Irretroatividade da Lei Penal e Interpretação Judicial. **Revista do Conselho de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: Conselho Nacional de Política Penitenciária. v. 1. n. 10, jun./dez. 1997.

³⁷⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Princípio da Legalidade Como Limite do *Ius Puniendi* e Proteção dos Direitos Fundamentais**. p. 164. “Proibir a retroatividade da jurisprudência, como afirmou Hassemer, suporia a paralisação de sua função de recriação da lei, observando-se ‘situações em que a comunidade jurídica tem um conhecimento maior do conteúdo da jurisprudência penal que da lei penal, confiando em sua aplicação’.”

BATISTA e ZAFFARONI³⁷⁷ esclarecem que:

A CR não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo³⁷⁸. (...) Tal garantia deve ser entendida de boa-fé, ou seja, não pode ser invertida em benefício da arbitrariedade. O princípio significa que a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além da lei.

A incidência da retroatividade da lei penal, conforme determinação do art. 2º no Código Penal Pátrio impõe sua aplicação imediata, ainda que decidido por sentença penal condenatória.³⁷⁹

O último reflexo da legalidade penal, o princípio da legalidade expresso na fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege certa* opera diretamente no processo tipificador e atua através da taxatividade da lei penal.

Taxativo é aquilo que não admite contestação, representa a certeza (*lex certa*), não apenas cognoscível pelos operadores do direito mas também de fácil compreensão pelos destinatários da norma.

Buscando, (in)expressivamente a defesa das garantias, a taxatividade comina ao legislador uma definição clara, precisa e cognoscível dos delitos e das penas, de seu conteúdo e abrangência, atuando como limite salutar da tipicidade, bem como do subjetivismo dos operadores jurídicos – legislador e, sobretudo, o órgão julgador.

Vincula-se a taxatividade da lei penal ao cumprimento de um (su)posta prevenção geral-negativa, como afirma Francisco de Assis Toledo³⁸⁰: “Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas”. Nesse aspecto,

³⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. p. 203.

³⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Princípio da Legalidade Como Limite do *Ius Puniendi* e Proteção dos Direitos Fundamentais**. p. 164. “Uma questão relevante diz respeito às medidas provisórias emanadas do Poder Executivo, cuja eficácia legal se extingue quando não é apreciada pelo Poder Legislativo. Sua legitimidade popular, como norma criadora de tipos e de sanções penais, é questionável, mesmo que receba o aval legislativo, por vício de origem. Ocorre que estas medidas provisórias podem descriminalizar condutas ou criar normas mais favoráveis aos acusados. Em face da essência de garantia dos direitos fundamentais dos jurisdicionados do princípio da legalidade, bem como de seu fundamento limitativo da potestade punitiva, ou seja, do *ius puniendi*, devem ser aplicados seus efeitos benéficos, inclusive de forma retroativa, com ou sem a confirmação Poder Legislativo”.

³⁷⁹ A lei mais benéfica poderá atingir os condenados que já cumpriram a pena? Uma interpretação restritiva, formalista e favorável a um Direito Penal de primeira *ratio* induz ao reconhecimento do limite máximo da retroatividade às hipóteses em que o condenado esteja cumprindo a pena. Por outro lado, o conteúdo material faz com que a retroatividade benéfica seja aplicada aos processos em que já tenha havido o cumprimento da pena.

³⁸⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios de Direito Penal**. p. 29.

entretanto, cumpre destacar a ineficácia da previsão legal no cumprimento do papel de prevenção de crimes pela intimidação.

A taxatividade da norma penal é uma consequência do positivismo jurídico e, dessa forma, representa a vinculação necessária ao *princípio da certeza do direito* como limitação aos arbítrios do Estado.

Referido princípio, como assevera BOBBIO³⁸¹, impõe que:

os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis e aqueles que devem resolver a controvérsia se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios.

A taxatividade tem um sentido formal, pois determina a garantia de que a todos é possível conhecer aquela lei – certeza – e um sentido material – segurança jurídica.

Na criminalização de condutas, a elaboração dos tipos penais e das sanções correspondentes deverá conter máximo de determinação quanto ao seu alcance, de tal modo que permitam o conhecimento e a interpretação pelo titular da norma: taxatividade substancial da lei.³⁸²

No mesmo sentido CONDE e ARÁN³⁸³ preconizam que:

Uma técnica legislativa correcta debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos em los que no es posible establecer una interpretación segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abrcar todos los matices de la realidad.

A determinação da criminalização é um corolário das conquistas liberais, pois representam a luta contra o (velho) Direito Penal totalitário, seus excessos e deslindes. As tendências de flexibilização do referido princípio é fruto de uma deslegitimada política criminal, que visa a recrudescer a tutela penal.

Com efeito, a atual hipertrofia do Direito Penal representado pela inflação criminal trabalha com a função meramente simbólica desse instrumento de controle

³⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 79/80.

³⁸² O direito penal está vivenciando uma crise de legalidade. Esse conflito pode ser observado pela presença, na lei penal, de conceitos indeterminados, tipos abertos, tipos de perigo abstrato e outros meios utilizados com o escopo de ampliar o poder punitivo: essa tendência está clara nos contornos antigarantistas do direito penal do inimigo (**cap. 1**).

³⁸³ CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**. Parte general. p. 114.

social (e dominação) e, dessa feita, autoriza a utilização do direito penal como a solução para todos os males políticos, econômicos e sociais.

O princípio da legalidade em sentido lato tem o condão de legitimar políticas criminais de Direito Penal Máximo que, independente do conteúdo, adstringem-se perfeitamente aos critérios formais.

3.3.2 Princípio da Legalidade Material ou Legalidade Estrita

O paradigma garantista baseia-se fundamentalmente no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, impondo, dessa forma, um condicionamento formal e material das práticas jurídicas (legislativas, judiciárias e executivas) aos conteúdos constitucionais, determinando uma verdadeira *filtragem constitucional das normas penais*.

Estabelecendo um paralelo com a Constituição, é possível situar a legitimação do *Estado Democrático de Direito* através da superação da democracia meramente formal – limites negativos – para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais.

Haja vista a assunção da defesa dos direitos fundamentais estabelecida na Constituição cumpre suplantar a *formal* legalidade e estabelecer a substancialização do referido princípio, de forma a abarcar a tipificação, incidência e aplicação da sanção penal em conformidade com os princípios penais de garantia, de forma a deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva.

“Assim, a essência da legalidade penal está na legitimidade e na legitimação do exercício do poder de criar a lei e de aplicá-la com um sentido de garantia à cidadania”.³⁸⁴

Surge, dessa forma, a legalidade como uma garantia fundamental contra os excessos do *ius puniendi*, pois vem garantir a igualdade em relação aos limites estatais no que diz respeito a atuação na esfera da liberdade dos indivíduos.

³⁸⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Sentença penal**: a bricolage de significantes. p. 93.

Materialmente, a legalidade garante a distinção entre o Estado legislador – representado pelo Poder Legislativo que criminaliza a conduta e estabelece a sanção limitado pelas garantias penais; o Estado julgador – presente através da função jurisdicional adstrita às garantias processuais e, finalmente o Estado de execução – fomentado pelo Poder Executivo, aplica a sanção sob fiscalização constante do Poder Judiciário e das garantias de execução.

Dito isto, é possível analisar a primeira faceta do princípio da legalidade *material* – princípio da necessidade – *nullum crimen nulla poena sine necessariae* – ferramenta salutar na defesa da intervenção mínima contra os ataques da hipertrofia do Direito Penal³⁸⁵.

Visa-se responder à indagação – o que proibir? – no que se comina como limite referido primado, ou seja, “toda intervenção penal restará deslegitimada (interna e externamente) sempre que outros mecanismos revelem-se mais eficazes ao controle do desvio social, e essa é a fronteira do *abuso penal-material*”³⁸⁶.

Não obstante, não há um consenso na doutrina³⁸⁷ no que diz respeito à classificação e denominação do referido princípio. Segundo BIANCHINI³⁸⁸, a garantia da necessidade é uma das perspectivas do princípio da intervenção mínima, conjuntamente com os primados da ofensividade e o binômio subsidiariedade/fragmentariedade.

Haja vista a finalidade do presente capítulo – asseverar os lindes do processo de criminalização/descriminalização de condutas – optou-se pela abordagem do princípio efetuada por SCHMIDT³⁸⁹, cujos ensinamentos, além de incluírem a necessidade no princípio da legalidade material observam a garantia através de três parâmetros operativos: a *intervenção mínima*, a *lesividade* e a *culpabilidade*.

³⁸⁵ LUIZI, Luis. **Princípios constitucionais penais**. p. 111. “Entendo, no entanto, que ao princípio da legalidade penal deve ser acoplado o princípio da necessidade. E esse entendimento decorre daquilo que se chama inflação penal, ou seja, um patológico exagero de leis penais, estas se contam em muitas centenas.”

³⁸⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. p. 283.

³⁸⁷ SCHMIDT, A. Z. Obra citada. p. 316. “A doutrina penal, de um modo geral, costuma referir-se ao *princípio da necessidade* como sinônimo do princípio da intervenção mínima, no sentido de que só se legitima a criminalização de um fato caso seja esta um meio necessário para a proteção de um bem jurídico”. LUIZI, Luis. **Princípios constitucionais penais**. p. 39. “Surgiu o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico”.

³⁸⁸ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 28.

³⁸⁹ SCHMIDT, A. Z. Obra citada. p. 283.

CHACUR³⁹⁰ destaca a sincronização entre os princípios fundamentais do Direito Penal, os quais seriam essenciais para a devida efetivação do Direito justo: “o princípio da reserva legal ou princípio da legalidade, o princípio da fragmentariedade, o princípio da proporcionalidade, implicitamente o princípio da insignificância, além do próprio princípio da intervenção mínima”.

SCHMIDT³⁹¹ leciona que o princípio da *necessidade* ou da *economia das proibições penais* tem o escopo de limitar os excessos quantitativos – no que atuaria a *intervenção mínima* enquanto critério limitador imediato – e qualitativos da intervenção penal – garantidos imediatamente pela exigência de *necessidade* de *culpabilidade* e *lesividade* e somente mediatamente pela intervenção mínima. Seguindo esta concepção, passaremos a análise de cada um desses parâmetros.

O princípio da intervenção mínima confunde-se com a noção de tutela penal necessária, uma vez que referida garantia visa a circunscrever a atuação punitiva estatal às hipóteses em que o Direito penal seja a resposta estritamente necessária, ou seja, útil em detrimento das demais formas de controle social:

“O controle social não equaciona toda e qualquer relação tensional surgida na vida comunitária. Por viabilizar efeitos sancionatórios de extrema gravidade, deve ser reservado aos conflitos convencionais de maior intensidade”.³⁹²

O primado da intervenção mínima³⁹³ ou subsidiariedade³⁹⁴ do Direito penal importa fundamental relevância nos processos criminalizadores, sobretudo haja vista a imposição ao poder punitivo estatal à defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica das pessoas, os quais não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa.

³⁹⁰ CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. O princípio da intervenção mínima e a garantia dos direitos fundamentais constitucionais. In. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito Penal e Constituição**. Belo Horizonte: Malheiros Editores. p. 319.

³⁹¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. p. 317.

³⁹² FRANCO, Alberto Silva. **Do princípio da intervenção mínima ao princípio da intervenção máxima**. p. 175.

³⁹³ LUIZI, Luis. **Princípios constitucionais penais**. p. 39. Sobre o Direito comparado e a não explicitação do princípio nas Constituições respectivas.

³⁹⁴ BARATTA, Alessandro. **Principios de Derecho penal minimo**. p. 310. “Principio de subsidiariedad. Una pena puede ser conminada sólo si se puede probar que no existen modos no penales de intervención aptos para responder a situaciones en las cuales se hallan amenazados los derechos humanos. No basta, por tanto, haber probado la idoneidad de la respuesta penal; se requiere también demostrar que ésta no es sustituible por otros modos de intervención de menor costo social”.

Pugna-se, portanto, o estabelecimento de um vetor – um *princípio orientador e limitador do poder criativo do crime* – através do qual, estabelece-se uma relação necessária³⁹⁵ entre meios – Direito penal – e fins – proteção de bens jurídicos.

“Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”.³⁹⁶

O corolário do princípio da intervenção mínima é a garantia da dignidade da pessoa humana – art. 1º, III da CR – abrangendo, amplamente a proteção à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade – art. 5º da CR. Pode-se afirmar, portanto, que ainda que o texto constitucional não tenha explicitamente feito referência ao primado da subsidiariedade, a proteção da dignidade da pessoa humana e demais garantias dela decorrentes, cominam a postulação do princípio, ainda que implicitamente.³⁹⁷

Com efeito, a tutela repressiva, juntamente com os demais instrumentos de controle social, impõe a subordinação do indivíduo a determinados modelos de conduta com o escopo de manutenção do *status quo*. O que o diferencia, contudo, é que dentre todos os meios de controle – informal e formal – o controle penal atua mais gravemente, em que pese trabalhar com mecanismos sancionatórios diretamente vinculados à liberdade do indivíduo – pena e medida de segurança.

Trata-se de impor ao Direito Penal a necessária atuação dentro das *regras do jogo* (BOBBIO) democrático. O poder punitivo, por representar dentre todas as formas de atuação estatal aquela que mais diretamente atua na esfera da liberdade do indivíduo está limitado pela proibição do excesso, sob pena de transformar-se em uma *ultima ratio*.

Requer-se que o Direito Penal respeite um limite material, em pese exigir-se a relevância do bem jurídico violado pelo desvio ao modelo de conduta. Como decorrência do primado da necessidade, a eleição dos bens jurídico-penais estará correlacionada à sua imprescindibilidade, sobretudo no que tange à convivência

³⁹⁵ PUIG, Santiago Mir. **El Derecho penal en el Estado Social Y Democrático**. p. 155. “La función del Derecho penal se distingue, así, de la de otros sectores del Derecho no sólo por la *mayor gravedad* de sus sanciones, sino también por la *mayor desvalorización* de los hechos que infringen sus normas. Para que el Derecho penal cumpla adecuadamente su cometido, ambos extremos han de guardar una necesaria correspondencia. El uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave. Al carácter penal de la sanción ha de corresponder un carácter también penal de la infracción!”.

³⁹⁶ LUIZI, Luis. **Princípios constitucionais penais**. p. 39.

³⁹⁷ LUIZI, L. Obra citada. p. 40.

social pacífica – *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos* – somente bens de elevada valia serão resguardados penalmente.

Balizado nessa exigência, no processo de eleição de condutas criminalizáveis, comina-se ao legislador, através do princípio da intervenção mínima³⁹⁸, optar dentre os vários ilícitos (contrariedade ao direito) possíveis quais ficarão sujeitos à tutela repressiva.

Haja vista o imperativo da tipicidade, referida seleção deverá ser prévia e, devido ao *caráter fragmentário*³⁹⁹ do Direito penal, somente serão abrangidas as lesões mais graves aos bens jurídicos que necessitem de maior proteção⁴⁰⁰.

Ocorre que, a valoração elevada a um bem jurídico e as lesões efetivas que referido bem possa sofrer é um parâmetro necessário para a criminalização – primado da fragmentariedade – mas não suficiente.

Nesse contexto, é indispensável que referida garantia seja complementada pois há situações em que, ainda que haja um bem jurídico-penal relevante e do elevado grau de ofensa a ele dirigido – *fragmentariedade* – tendo-se em conta a possibilidade de solução por intermédio de outros meios, a pena não se mostra o caminho mais útil – menos danoso – ou seja, a *melhor* solução não é a penal.

O direito penal está autorizado a intervir excepcionalmente, ou seja, quando os outros ramos do Direito fracassarem⁴⁰¹ enquanto meios protetores dos bens jurídicos e, por essa razão, assevera o caráter *subsidiário* da tutela penal.⁴⁰²

³⁹⁸ Sobre as finalidades do princípio da intervenção mínima: CABRERA, Marcus Antonio. Reflexões sobre o princípio da intervenção mínima, ofensividade e lesividade. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito Penal e Constituição**. Belo Horizonte: Malheiros Editores. p. 286-287. Segundo o autor são três as finalidades: estabelecer abstratamente as hipóteses de incidência penal; indicar os limites de restrição à liberdade humana e a limitação da pena à mínima intervenção do Estado na liberdade do indivíduo.

³⁹⁹ QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p. 119. Nas lições do autor, a proteção penal é fragmentária: “pois se encontra o direito penal sobre um todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável”. LUIZI, Luis. **Princípios constitucionais penais**. p. 40. “Em outros termos, o Direito Penal não encerra um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica.”

⁴⁰⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. p. 110. “Significa que el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos”.

⁴⁰¹ QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p. 119. Nas lições do autor, a proteção penal é naturalmente subsidiária: “porque somente devem ter lugar quando se utilizem, atuem e fracassem as instâncias primárias, formais e informação, de prevenção e controle sociais”.

⁴⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. & PRADO, Luiz Régis: **Princípios Fundamentais do Direito Penal**. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 4. n. 15, jul./set. 1996. p. 82. Sobre referido princípios: “orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando

Cumpra ressaltar, que a subsidiariedade penal é um reflexo do utilitarismo – evitar a dor e buscar o prazer – que deve ser avaliado segundo a máxima de Beccaria – máxima felicidade compartilhada pela maioria – mas também o – mínimo sofrimento necessário (para os delinquentes) – conforme o garantismo.

O direito penal de *ultima ratio* proíbe a penalização de condutas quando haja uma suficiência de atuação por outros ramos do Direito, fundamentalmente menos violentos e interventores que o Direito penal.⁴⁰³

O binômio fragmentariedade/subsidiariedade encontra-se assim resumido⁴⁰⁴: "... o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes (*fragmentariedade*), e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito (*subsidiariedade*)."

A fragmentariedade é um critério para a criminalização de condutas – deduzido do princípio da intervenção mínima do Direito Penal – pois limita a criminalização à proteção de bens relevantíssimos – os ilícitos penais não abrangem a totalidade da área da ilicitude, constituindo apenas fragmentos desta. Pela subsidiariedade é cogente que se demonstre que a resposta penal não é substituível por outros modos de intervenção, de menor custo social e individual.

O imperativo da menor intervenção possível (fragmentariedade e subsidiariedade) deverá ser observado também em relação à própria pena aplicada – relação entre a finalidade da intervenção estatal e a coação penal – imposta uma terceira via do princípio – exigência de *proporcionalidade* entre a pena e o fato. Sendo a reação penal a *ultima ratio*, ela não pode ultrapassar, na qualidade e na quantidade da sanção, o dano ou o perigo causado pelo crime.

Enquanto a fragmentariedade atua diretamente na criminalização das condutas, a subsidiariedade opera reflexamente o *primado da proporcionalidade*⁴⁰⁵, haja vista a exigência de um controle dos excessos da intervenção penal – sanção.

que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável".

⁴⁰³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho Penal**. p. 109-110. "Ante la presencia de estos otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves. (...) Sólo en último lugar, cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente, estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad. Esto es lo que quiere expresarse cuando se afirma la naturaleza *subsidiaria o secundaria* del derecho penal".

⁴⁰⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 85.

⁴⁰⁵ Para um estudo aprofundado do princípio: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A garantia da proporcionalidade, assevera SANTOS⁴⁰⁶, desenvolvida pela

teoria constitucional germânica (...) é constituído por três princípios parciais: o princípio da adequação (*Geeignetheit*), o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, também chamado de princípio da avaliação (*abwägungsgebote*).

O princípio da necessidade estabelece uma relação entre meios – intervenção penal – e fins – proteção de bens jurídicos, conforme analisado anteriormente. Interessam as duas perspectivas dos princípios da proporcionalidade: “pretende buscar a adequação entre a medida adota e os fins que determinam a sua criação (princípio da adequação) e a necessária proporcionalidade entre os meios e os fins buscados (proporcionalidade em sentido estrito)”.⁴⁰⁷

A garantia da adequação – juízo de idoneidade penal – é um imperativo no que tange à idoneidade do tipo penal e do aparato sancionatório para perseguir o resultado de tutela tido como legítimo – *congruência do escopo ao meio*.⁴⁰⁸

Referido princípio pode ser resumido através da seguinte indagação: a pena criminal é um meio *adequado* – dentre todas as demais formas de controle social – para alcançar o seu *fim* – tutela de bens jurídicos? A resposta a essa pergunta importa um juízo de idoneidade acerca da justificação da intervenção penal.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, requer, conforme salientado nas lições de SANTOS⁴⁰⁹:

tem por objeto a **otimização das possibilidade jurídicas**, ao nível da *criminalização* primária e da *criminalização* secundária, do ponto de vista da proporcionalidade dos *meios* (pena criminal) em relação aos *fins* propostos (proteção de bens jurídicos), também formulado em forma interrogativa: a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário ao nível da realidade) é *proporcional* em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?

Uma segunda face do princípio da necessidade relaciona-se diretamente a ofensa irrogada dirigida ao bem jurídico-penal, exige-se um *fato ofensivo ao bem jurídico*, que tenha o condão de, além de infringir a norma, causar um dano social tal que obstrua a convivência social satisfatória.

⁴⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte Geral. p. 27.

⁴⁰⁷ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. p. 117.

⁴⁰⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. p. 131.

⁴⁰⁹ SANTOS, J. C. Obra citada. p. 28.

Impõe-se, dessa feita, a observância ao *princípio da ofensividade (ou lesividade)*, ao qual podem ser aferidas, nas lições de Nilo Batista⁴¹⁰, quatro funções proibitivas no que tange à incriminação: a) de uma atitude interna – as aspirações, desejos e sentidos do autor, por faltar-lhe a exterioridade não podem constituir fundamento de um tipo penal; b) de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor – seriam as hipóteses dos atos preparatórios e da autolesão, haja vista a ausência da alteridade (bilateralidade); c) de simples estados ou condições existenciais – o direito penal requer uma desvalor *de ação*, estando vedado o *direito penal de autor*; e, derradeiramente, d) de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico – critério delineador da lesividade, revelando e demarcando a ofensa.

CHACUR⁴¹¹ observa que, “apesar de muitos autores não apresentarem diferenças entre os conceitos de ofensividade e lesividade, elas essencialmente existem, embora complementares do princípio da legalidade”.

A ofensividade informa o conteúdo material do conceito de delito, enquanto que o princípio da lesividade está relacionado à secularização do direito penal, impondo-se a proibição somente naqueles comportamentos que causem efetiva lesão a terceiros.

Conforme assevera FERRAJOLI⁴¹²:

a absoluta necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos, segundo o princípio recolhido do nosso axioma A4, *nulla necessitas sine iniuria*, e na tese seguinte, *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria* (T13, T21, T28, T69).

A terceira garantia derivada do princípio da necessidade é a *culpabilidade*, a qual poderá ser abordada em um triplo sentido: a) como *fundamento da pena* – corresponde à terceira fase de aferição da conduta criminosa, quando se verifica a possibilidade de imputar ao autor do delito um juízo de *reprovabilidade*; b) como *limite da pena* – impõe-se a avaliação judicial dos graus de culpabilidade no que tange ao estabelecimento dos limites mínimos e máximos da sanção (art. 59 do CP) e, derradeiramente, c) como *responsabilização subjetiva* – conceito contrário à responsabilidade penal objetiva (prescinde de culpa).

⁴¹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 92-94.

⁴¹¹ CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. *O princípio da intervenção mínima e a garantia dos direitos fundamentais constitucionais*. p. 293.

⁴¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. p. 428.

Mostra-se evidente que referida garantia tem o condão de atuar em diferentes momentos, ou seja, quando da responsabilização penal, no momento da dosimetria da pena e na tipificação das condutas. Interessa-nos esse último momento da culpabilidade, ou seja, o princípio enquanto vetor do legislador na eleição dos tipos penais, sobretudo através do impedimento da construção de tipos penais de *autor*.

Por fim, cumpre destacar que a *espinha dorsal* da legalidade material ou substancial é o princípio da humanidade – conquista do iluminismo – tangenciado pelo corolário da dignidade da pessoa humana o qual impõe barreiras ao processo de penalização, vedando as penas cruéis, desumanas e degradantes, bem como, exigindo imperativamente a humanização da pena privativa de liberdade.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, o alcance do princípio da humanidade nos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos passa a abarcar duas esferas fundamentais, a formal – garantia criminal, penal, penitenciária e jurisdicional – e a material – concretização do direito penal como garantia e proteção dos direitos fundamentais.

Conclusivamente, pode-se afirmar que a concepção meramente formal da legalidade não impede que, ainda que emanada pelo órgão competente, segundo o processo legislativo adequado, anterior, clara e precisa, *materialmente*, seja ilegítima.

Com o escopo de promover uma função simbólica da tutela penal (Direito Penal do terror⁴¹³), ou fundamentada no (des)legitimado discurso da defesa social, lei penal poderá não atender materialmente às garantias fundamentais⁴¹⁴.

A conversão do direito penal de um sistema de limites e garantias para um direito penal de imputação é uma das conseqüências do pensamento neoliberal e, portanto, da base epistêmica fundada na *ação eficiente*. A Constitucionalização do Direito Penal mostra-se um entrave ao progresso, o discurso se cala.

Isto posto, salutar a efetiva filtragem crítica das normas penais, o constante manejo quando da criminalização de determinadas condutas, entre a criminologia, a política criminal e a dogmática penal.

⁴¹³ A atual política legislativa simbólica, representada de maneira inequívoca pela hedionda Lei dos Crimes Hediondos: mascarada pelo discurso da Defesa Social, viola a legalidade material.

⁴¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. A “noção do Estado Democrático de Direito, a qual está indissociavelmente ligada à realização dos Direitos Fundamentais, na perspectiva do modelo substancialista, a partir da Constituição Federal”.

3.4 BEM JURÍDICO PENAL: (AINDA) UM CONCEITO NECESSÁRIO

A criminalização possui um *referente material* – bem jurídico – o qual ainda constitui um dos limites impostos aos *ius puniendi* quando da escolha dos bens dignos da tutela penal, em consonância com o princípio da necessidade.

Por fundamentar o *critério* de criminalização e por consequência da descriminalização das condutas é salutar o estudo do bem jurídico, seu conceito e suas funções e, sobretudo, avaliar como o *significante* bem jurídico pode ser utilizado para servir a discursos autoritários e políticas penais (i)legítimas.

3.4.1 Evolução Histórica

A origem⁴¹⁵ deste conceito pode ser imputada à construção liberal da ilustração, a qual impõe ao Estado Democrático de Direito uma atuação limitada e contrária à arbitrariedade punitiva, com o escopo de assegurar aos cidadãos uma convivência livre e pacífica, através da proteção dos direitos fundamentais⁴¹⁶.

O princípio da estrita proteção do bem jurídico, assim como o princípio da legalidade, sustenta uma limitação ao Estado, assecuratória da liberdade – de pensamento, de crença, de religião, excluindo-se, dessa forma, bens estritamente morais; e da paz – cabendo a este garantir as condições essenciais para o desenvolvimento do ser humano e uma convivência pacífica dos indivíduos entre si.

A avaliação da proteção do bem jurídico deve estar em conformidade com as demais garantias penais anteriormente analisadas. O conceito – bem jurídico-penal – foi sendo construído ao longo de uma evolução histórico-penal.

⁴¹⁵ TAVARES, Juarez. Bem Jurídico e Função em Direito Penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese. ano. 8, n. 46, out./nov. 2007. “El análisis de la evolución histórica de esse concepto puede, em cierta medida, contribuir para su reformulación, al demostrar como esse concepto se amolda a los distintos segmentos de evolución de la política criminal y del pensamiento jurídico em general”.

⁴¹⁶ SANTOS, André Leonardo Copetti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. *In*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v. 1, n. 1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003. O autor leciona que a partir de Beccaria a função meramente retributiva do direito penal passou a ser uma função “de garantia dos direitos fundamentais, notadamente, de cunho individual”.

Podem-se destacar, nesse período, o pensamento de Beccaria e Feuerbach. “Praticamente, todos os doutrinadores que tratam do bem jurídico penal afirmam ter sido (...) Feuerbach⁴¹⁷ o primeiro estudioso a limitar o recurso ao Direito Penal à proteção de um direito subjetivo ou de interesse afeto a um sujeito específico”.⁴¹⁸

A concepção material de delito como lesão de um *direito subjetivo* estava nitidamente ancorada nos principais alicerces iluministas: contratualismo – no contrato social encontram-se o fundamento e os limites ao poder criminalizador; individualismo e racionalismo – prioridade do indivíduo face ao Direito e ao Estado, bem como a apreensão racional de direito inatos, invioláveis e pré-jurídicos; utilitarismo – o Direito penal tem por finalidade a proteção da sociedade, a prevenção geral, e deve punir com esse fim e na medida necessária para o alcançar; legalismo-garantismo e codificação – reconhecimento desses direitos subjetivos pelo Estado através de seus leis; e, derradeiramente, a secularização – separação entre o direito e a moral.⁴¹⁹

Em 1843, Johan Michael Franz Birnbaum⁴²⁰ visando materializar o objeto de proteção do direito penal, aborda uma nova concepção de crime, pautada na lesão de *bens* – conceito lato – e não de *direitos subjetivos* – conceito estrito – o que levou a doutrina a imputar-lhe a paternidade do termo bem jurídico. Deve-se a exigência no conceito de crime de uma violação concreta a um bem – objeto material.

CUNHA⁴²¹ adverte para o cuidado que se deve tomar quando a comparação entre a doutrina do bem jurídico iluminista e a teoria desenvolvida por Birnbaum, afirmando que, na verdade, não há um consenso entre os autores acerca da relação de continuidade entre a concepção iluminista de crime e a teoria do bem jurídico do

⁴¹⁷ Feuerbach foi influenciado pelo jusracionalismo – objetivava o rompimento com as concepções teocráticas; pelo iluminismo – incessante busca de proteção do indivíduo frente ao arbítrio do Estado; pela visão contratualista – delito como violação do direito positivo e, portanto, justificador da intervenção estatal; além do pensamento de Kant – sobretudo no que diz respeito à separação entre direito e moral.

⁴¹⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. p. 26.

⁴¹⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e descriminalização**. p. 32/36.

⁴²⁰ As principais críticas elaboradas em relação ao pensamento de Birnbaum foram a amplitude em que considerou o bem jurídico – passando a adentrar, em algumas hipóteses, em condutas exclusivamente morais e individuais; bem como a abertura que teria promovido a um positivismo penal. A concepção de Birnbaum surge no momento em que a Escola Histórica estava ascendendo, o que acaba por influenciar no seu entendimento de bem jurídico. Com base nessa consideração, a doutrina passa a questionar a que desiderato estaria voltada a teoria de Birnbaum, se visaria uma limitação estatal de cunho iluminista ou, pelo contrário, representaria o abandono dessa premissa.

⁴²¹ CUNHA, M. C. F. Obra citada. p. 42/43.

referido autor, podendo-se afirmar, inclusive, que a concepção de Birnbaum teria representado uma ruptura do conceito predecessor.

Com Birnbaum consolida-se o conceito puramente formal de bem jurídico tendo em conta a predominância atribuída à forma positiva do princípio (e evidentemente acrítica), significando uma ampliação do poder estatal que passa a dizer quais são os bens jurídicos.

Duas direções metodológicas irão utilizar-se desse pressuposto positivista: o jusnaturalismo positivista de Binding – bem jurídico fruto da exclusiva vontade do legislador –; e o positivismo jusnaturalista de von Liszt – interesse juridicamente protegido presente nas relações sociais. O ponto em comum é que a norma é que tem o condão de determinar quais bens são protegidos pelo Direito.

Karl Binding, aproveitando o caminho trilhado por Birnbaum limita o bem jurídico penal ao afirmar que o bem penal é unicamente aquele que possui pertinência jurídica, desta feita, muitos autores⁴²² atribuem a Binding⁴²³ a criação do bem jurídico-penal.

Traduzir o bem jurídico a criação do legislador possui alguns inconvenientes⁴²⁴. O principal deles é o abandono a qualquer legitimação material, o que acaba por imputar ao indivíduo uma posição de completa submissão ao Estado, o qual poderá utilizar de arbítrio na eleição dos bens jurídicos.

Franz von Liszt⁴²⁵ retira o bem jurídico da esfera exclusiva da legislação – o bem jurídico não é o *bem do direito* como defende Binding – para abarcá-lo dentro da esfera social – *bem do homem* – promovendo-se a limitação material do conceito: “o bem jurídico, objeto da proteção do Direito, em última análise é sempre a existência humana nas suas diversas formas e manifestações. Ela é que é o bem jurídico, isto é, o centro de todos os interesses juridicamente protegidos”.

⁴²² BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 34. “O direito penal moderno (a partir de Binding) desenvolveu-se em torno da idéia de *proteção de bens jurídicos*”.

⁴²³ Coube a Binding afastar-se das concepções jusnaturalistas e metafísicas acerca do bem jurídico – formulação balizada da idéia de bens inatos pertencente ao ser humano – para ordenar uma concepção eminentemente *formal*, positivista em que – bem jurídico é composto por uma categoria previamente determinada pelo legislador, segundo uma valoração ético-social prévia. PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. p. 30. “Para Binding, bem jurídico é tudo aquilo que, aos olhos do legislador, tem o valor como condição de vida da comunidade jurídica, e, para cuja manutenção a sociedade, também a critério do legislador, tem interesse de proteger de lesões, ou perigos, por meio de suas normas”

⁴²⁴ Não obstante, conforme salientado por Nilo Batista, Binding merece o crédito pelo primeiro registro do caráter da fragmentariedade penal, o que demonstra que, assim como as concepções anteriores, a delimitação do bem jurídico atua como limitador do poder punitivo. BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. p. 86.

⁴²⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal**. Tomo II. p. 27.

A concepção de Liszt recebe como principal objeção o fato de que, assim concebida, serviria à legitimação do poder estatal, pois se quedaria ilimitado pelas contingências sociais, ou seja, falta-lhe a individualização dos interesses que carecem da intervenção penal. A não distinção dos termos *interesse* e *bem jurídico*, bem como a falta de definição clara no que diz respeito aos critérios de identificação – dentre todos os interesses protegidos pelo Direito – do bem jurídico, enquanto interesse penalmente tutelável.

Não obstante, Liszt implanta a filtragem social de uma dada norma, impondo um limite material – associação com os valores sociais da comunidade tutelada; em contraposição ao critério estritamente formal – previsão legal, no que vem atuar também na contenção do arbítrio do poder estatal face ao indivíduo.⁴²⁶

A partir do início do século, inspiradas pela filosofia neokantiana, surgem as concepções *teleológicas do bem jurídico* – analisa o bem jurídico como uma *ratio legis* dos preceitos particulares⁴²⁷ – passando o bem jurídico a ser “entendido como um valor cultural (...) o que acaba por convertê-lo em simples método interpretativo”.⁴²⁸

Finalmente, com as teorias constitucionalistas e sociológicas o conceito de bem jurídico passa a ser reintroduzido na dogmática penal de maneira concreta.

Em um movimento diametralmente oposto à construção do bem jurídico-penal como limitador do poder estatal, o funcionalismo penal defende a progressiva redução da importância do *princípio do bem jurídico*. Segundo essa corrente, a função do Direito Penal não é a proteção de direitos caros à sociedade, pelo contrário, atua unicamente como mecanismo mantenedor da ordem social.

Não obstante, os funcionalistas não prescindem do bem jurídico (**Roxin**), com exceção de sua face radical (**Jakobs**) que abstrai a tutela penal do bem jurídico⁴²⁹, implicando em um Direito Penal exclusivamente formal e, como tal,

⁴²⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. p. 36.

⁴²⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um sistema penal democrático. p. 56. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e descriminalização. p. 65. Para Honing, o bem jurídico consiste na ‘síntese categorial, através da qual o pensamento jurídico se esforça por compreender em fórmulas mais curtas e sentido e o fim de diversos preceitos penais’; ele é ‘o fim reconhecido pelo legislador nas prescrições penais na sua formulação mais breve’.

⁴²⁸ PRADO, Luís Regis. **Bem jurídico-Penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 29/30.

⁴²⁹ BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**. Parte Geral. p. 35/36. Enrique Bacigalupo adverte que a teoria do bem jurídico não tem o condão limitar o uso do direito penal somente à proteção de bens jurídicos. O autor adverte que “A partir da perspectiva do *funcionalismo sistêmico*, a função do direito

arbitrário pois fundamenta-se na missão do Direito Penal enquanto instrumento de proteção da vigência da norma.

As teorias do bem jurídico transitam em dois espaços definidos: ou são críticas – situam o bem jurídico além do Direito Penal; ou são sistêmicas – o bem jurídico é criação (pura) do legislador.

A teoria do bem jurídico representou, ao longo do processo histórico, um efetivo aparato de fixação não só da matéria de incriminação, como das próprias contigüidades da respectiva tutela penal. Esse fruto do Iluminismo rechaça modelos de Estado autoritários, permitindo-nos afirmar a legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

A partir da Segunda Guerra Mundial, “com o renascimento de uma cultura penal liberal e democrática, o conceito de bem jurídico recuperou seu caráter garantista”, convertendo-se em *conteúdo material nuclear do delito* e ferramenta limitadora da intervenção punitiva.

O bem jurídico, dentro do sistema de limites e garantias, atua como uma barreira (limite) – material – ao *ius puniendi* do Estado: “através de uma catalogação de interesses e valores representativos para o homem, enquanto ser integrado a uma sociedade (...) oferece-se matéria idônea para o trabalho legislativo”.⁴³⁰

Como consequência, garante ao cidadão a não ingerência estatal quando suas condutas forem referentes exclusivamente à sua esfera pessoal ou moral – o que faz, pensa ou acredita, servindo de obstáculo, quando das políticas de criminalização, de tipos penais de autor, que imputam um desvalor de autor e não de ação.

Não obstante, a teoria penal ainda encontra algumas dificuldades no que tange ao bem jurídico, haja vista, sobretudo, a *crise do conceito tradicional de bem jurídico*⁴³¹, além evidentemente, da salutar busca por um satisfatório limite material para a criminalização, o qual poderia ser desempenhado pela Constituição.

penal na é a consolidação de um estado de coisas, mas sim, a configuração da identidade, e não os bens os bens ou situações. Por isso, o direito penal tem a missão de garantir normas. (...) Em suma, *as normas são objeto de proteção das normas penais*”.

⁴³⁰ GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. A intervenção mínima para um direito penal eficaz. **Direito e Sociedade**. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Curitiba, v. 1, n. 1, set./dez. 2000. p. 169.

⁴³¹ YACOBUECCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal Tradicional**. p. 71.

3.4.2 Função do Bem Jurídico e Delimitação do Conceito

Relacionou-se o bem jurídico com a função exercida pela tutela penal, de modo a cominar uma relação de dependência entre os dois conceitos. As funções (missões) do Direito penal foram analisadas no item anterior, resta agora, a árdua⁴³² tarefa de definir o bem jurídico.

“Mas, apesar do muito que já se escreveu sobre bem jurídico, desde que Birnbaum fez suas proposições sobre a lesão do bem, em contraposição à lesão do direito, não se tem avançado muito na determinação do conceito.”⁴³³

Com efeito, é possível, num primeiro momento, determinar o conceito de bem jurídico através de uma tarefa de supressão, ou seja, mais facilmente determina-se o que não é bem jurídico penal do que a definição propriamente dita do conceito.

Haja vista a secularização do direito, é mister que se eliminem dentre os objetos tutelados a moral ou a ética, a religião, valores meramente culturais.

Trabalhando ainda com a exclusão, importante traçar a linha divisória entre o bem jurídico e o bem jurídico-penal. “Bem, em um sentido muito amplo, é tudo o que nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso”.⁴³⁴ A eleição de determinado interesse relevante para o indivíduo ou para a comunidade a bem jurídico se dá pelo reconhecimento pelo Direito que o valora como relevante juridicamente selecionando-o à tutela jurídica.

Em relação ao bem jurídico-penal, a seleção valorativa deverá ser efetuada de maneira ainda mais criteriosa, pois se impõe a preferência aos bens mais valiosos e que estejam frente a um ataque intolerável.

Eliminados alguns interesses, necessário o estabelecimento de um limite básico para responder à pergunta o que é bem jurídico-penal. Com esse desiderato

⁴³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. p. 62. “A noção de bem jurídico (seja ela embora, como se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais venha a ser – com uma nitidez e segurança que a permita converter em conceito fechado a apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”.

⁴³³ RAMIREZ, Juan Busto. Política Criminal e Injusto. **Revista de Direito Penal**. Órgão do Instituto de ciências penais do Rio de Janeiro. Conjunto Universitário Cândido Mendes. Rio de Janeiro: Forense. n. 30. jul./dez. 1980.

⁴³⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios de Direito Penal**. p. 15.

“será privilegiado seu aspecto *material*, já que a meta do trabalho é instituir o percurso a ser considerado no momento de criminalizar *in thesi* determinada conduta, interessando, portanto, os aspectos que a antecedem”.⁴³⁵

O termo bem jurídico pode ser utilizado em duas acepções diversas, quais sejam. No sentido político-criminal e no dogmático.

Diante disso, quanto ao âmbito político-criminal (*de lege lata ou ferenda*), a eleição de bens jurídicos está influenciada por fatores ético-políticos, sociais e constitucionais. Pode-se observar, portanto, a partir dessa constatação, a presença de teorias sociológicas e jurídico-constitucionais do bem jurídico.

O conceito sociológico analisa o bem jurídico enquanto um produto social e estritamente vinculado às suas funções fundamentais – regular a sociedade e proteger os indivíduos – importando na premissa de que os bens vitais merecem a proteção do Direito.

Dentre as concepções sociológicas, CUNHA⁴³⁶ destaca a teoria funcionalista da danosidade social de Amelung – parte da representação sistêmica da sociedade (Parsons e Luhmann) afirmando ser o crime disfuncional porque representa a violação de uma norma institucionalizada indispensável para a solução dos problemas de subsistência da sociedade – e a teoria do consenso de Habermas – a criminalização seria legítima quando baseada num racional consenso intersubjetivo.

Neste sentido, podem-se destacar, as concepções de JESCHECK⁴³⁷ – o Direito Penal realiza a proteção dos bens jurídicos para tanto procura que a vontade dos cidadãos se acomode às exigências do ordenamento jurídico – e de BRUNO⁴³⁸ – os bens jurídicos são “interesses fundamentais do indivíduo e da sociedade, e que, pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes eleva à categoria de bens jurídicos”.

⁴³⁵ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. p. 37.

⁴³⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e descriminalização. p. 93. A autora assevera que a “teoria funcionalista da danosidade social não é capaz de proteger a pessoa contra a instrumentalização, já que a encara como um meio em função da ordem social”.

⁴³⁷ JESCHECK. Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. p. 7. BUSATO; HUAPAYA. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um sistema penal democrático. p. 61. Os autores destacam que JESCHECK entende o bem jurídico como “um **valor abstrato e juridicamente protegido da ordem social**, em cuja manutenção a comunidade tem interesse, e que pode atribuir-se como titular, à pessoa individual ou à coletividade”.

⁴³⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. v. 1. Tomo I. p. 15.

TOLEDO⁴³⁹ ressalva a relação ético-social do bem jurídico-penal, de forma que: “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. No mesmo sentido WELZEL, citado por PRADO⁴⁴⁰, assevera que o bem jurídico é “um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”.

Acerca das concepções sociológicas do bem jurídico, no que tange à “sua irremediável *insuficiência para os efeitos práticos da aplicação do direito*”⁴⁴¹, cumpre destacar a crítica apontada por BUSATO; HUAPAYA⁴⁴²:

deve-se ter em conta que a consciência social nem sempre se expressa em termos normativos, o que faz concluir que uma eleição de bem jurídico socialmente essencial não se pode confundir com uma simples adesão irrestrita à expressão normativo-constitucional.

A orientação jurídico-constitucional de bem jurídico, impondo-se destaque à concepção de DIAS⁴⁴³, avista na Constituição um filtro segundo o qual é possível, além de padronizar a referência axiológica – *relação de mútua referência: correspondência de sentidos e de fins* – embasar a seleção de bens jurídicos – *bens jurídicos com dignidade jurídico-penal*: os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.

A principal objeção à fundamentação constitucional do bem jurídico-penal seria a tendência em confundir Direito fundamental constitucional – princípios limitadores da intervenção Estatal – com bens jurídicos – valores fundamentais às relações sociais que impõe a intervenção do Estado, com o escopo de proteção.

Essa feição jurídico-constitucional, haja vista a indeterminação do bem jurídico – Direitos fundamentais⁴⁴⁴ – teria o condão, unicamente, de fundamentação

⁴³⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios de Direito Penal**. p. 16.

⁴⁴⁰ PRADO, Luís Regis. **Bem jurídico-Penal e Constituição**. p. 37.

⁴⁴¹ DIAS, Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. p. 66. “É exato ser no sistema social, enquanto tal, que se deve ver em último termo a fonte legitimadora a produto da ordem legal dos bens jurídicos. Mas com apelo direito a um tal sistema é absolutamente impossível emprestar ao conceito de bem jurídico a indispensável concretização”.

⁴⁴² BUSATO; HUAPAYA. HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um sistema penal democrático. p. 62. DIAS, Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. p. 66.

⁴⁴³ DIAS, F. Obra citada. p. 67.

⁴⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 433. “todos os ‘direitos fundamentais’, quer dizer, não só os clássicos direitos individuais e liberais, senão também os

à aplicação dos *critérios negativos de deslegitimação*, que impondo lindes ao Estado, como a irrelevância do bem jurídico, a ausência de lesão e a fragmentariedade da tutela penal.

No sentido dogmático (*de lege data*) verifica-se, diretamente, quais bens concretamente são tutelados pela norma penal. Nessa acepção, o bem jurídico constitui, unanimemente, o conteúdo material do crime.

Ao bem jurídico cumpre fornecer conteúdo ao injusto – tipicidade e antijuridicidade – conforme assevera TAVARES⁴⁴⁵, ao definir o bem jurídico:

como elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes.

PRADO⁴⁴⁶, por sua vez, pontifica que a noção de bem jurídico “implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de um determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento humano”.

Não obstante, conforme analisado anteriormente, na perspectiva dogmática há entendimentos que excluem o conceito de bem jurídico tradicional, passando a efetuar uma reflexão crítica a seu respeito (Criminologia Crítica), bem como outras reflexões que o excluem do papel de objeto merecedor da tutela penal (direito penal do inimigo), reconhecendo a sua absoluta ineficácia.

Nesta seara, encontra-se morada a crise⁴⁴⁷ do conceito de jurídico-penal, sobretudo quando analisado segundo a perspectiva da política-crimal. Hodiernamente, tem-se adotado uma técnica legislativa assumidamente casuística, que tende a considerar o Direito Penal cada vez mais como instrumento de controle acessório ao Direito Administrativo. Nessa linha, os tipos penais assemelham-se, na sua forma, às normas de intervenção da Administração Pública, distanciando-se dos

coletivos e/ou sociais, como o direito ao meio ambiente e à saúde. Mas também hão de se incluir aqui bens que não são direitos, como o interesse coletivo, e certamente fundamental, a uma administração pública não corrupta.”

⁴⁴⁵ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. p. 198.

⁴⁴⁶ PRADO, Luís Regis. **Bem jurídico-Penal e Constituição**. p. 63.

⁴⁴⁷ YOCOBUCI. Guillermo Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal Tradicional**. p. 75. “A política criminal não parece na prática sentir-se limitada pelas exigências ontológicas – objetivas e universais – da noção de bem jurídico, já que formou nos últimos anos um catálogo extenso de delito que se ordenam à proteção ou realização de objetivos pouco tangíveis e à repressão antecipada de condutas em que não se aprecia claramente lesão e que termina por converter os tipos penais de perigo abstrato em um instrumento relativamente habitual”.

requisitos clássicos da generalidade e da abstração. As normas penais transformam-se em instrumentos de administração de situações particulares, de “emergências” concretas.

Nesse Estado de prevenção dos riscos sociais, que conflita diretamente com o Direito Penal do fato, expande-se a esfera de discricionariedade das próprias decisões judiciais, que assumem caráter programático e político semelhante às leis. Da mesma forma, ganha corpo o questionamento sobre a configuração do bem jurídico, que perde sua densidade. Chega-se a discutir, na atualidade, a própria importância do conceito de bem jurídico na configuração do injusto e, assim, no estabelecimento da função do Direito Penal. Diante desse processo de evolução (ou involução) da Ciência Penal, indaga-se se seria, ainda, de se vedar a incriminação de condutas para a proteção de algo que não bens jurídicos.

A mera tipificação de uma dada conduta humana ou mesmo a sua subsunção ao conceito analítico de crime impõe num dado momento, a tutela de um bem jurídico relevante penalmente. Não obstante, a violação da norma em si não assegura a intervenção penal pois requer uma transgressão efetiva, uma lesão ao bem protegido.

Entre os autores⁴⁴⁸ não há um consenso acerca das funções que podem ser deferidas ao bem jurídico-penal. Passa-se, dessa forma, à análise de algumas funções eleitas como relevantes e que guardam especial destaque no sistema penal pátrio.

Pode-se apontar, primeiramente, a função *sistemática*, haja vista que o bem jurídico opera como critério orientador de catalogação dos crimes na Parte Especial dos Códigos – dos crimes que afetam bens jurídicos mais relevantes aos menos valiosos – sistematizando a matéria penal criminalizada em ordem decrescente.

Em segundo lugar, o bem jurídico poderá fundamentar a função *exegética* ou *teleológica*, sobretudo no que diz respeito ao necessário estabelecimento do efetivo alcance de uma dada norma penal, correlacionando-a ao bem jurídico protegido. Essa função dimensiona o bem jurídico enquanto ferramenta fundamental para o hermenêuta.

A criminalização das condutas trabalha elegendo determinados bens jurídicos – considerados valiosos para o indivíduo e para a sociedade, e estabelece

⁴⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. p. 48-49. Entende as seguintes funções: *função de garantia*; *função teleológica ou interpretativa*; *função individualizadora*; *função sistemática*.

um rol de ações que, caso ocorram, violam o bem tutelado. Para uma apropriada compreensão da norma, é salutar a assunção de um referencial – os objetivos do Direito penal – é dizer, proteção de bens jurídicos.

Finalmente, a principal função desempenhada pelo bem jurídico no sistema penal é a função *fundamentadora* do delito. Nesse sentido, o bem jurídico atua como parâmetro da tipicidade e da antijuridicidade (injusto). Esse encargo pode ser denominado *função de garantia*, na medida em que impõe determinadas exigências dogmáticas ao arbítrio do legislador quando da elaboração das normas de incriminação.

Com efeito, estatui uma vinculação constitucional ao determinar a atuação legislativa em conformidade com os princípios jurídicos da necessidade (subsidiariedade e fragmentariedade) e lesividade garantidores da liberdade do indivíduo frente o atuar punitivo do Estado.

O bem jurídico tem o condão de operar através de uma função de garantia, em que o bem jurídico atua como um limite ao *ius puniendi* estatal. Nesse sentido, vincula, em um primeiro momento, a atividade legiferante do Estado que está circunscrita ao rol de bens relevantes penalmente; da mesma forma, atua no ato de julgar, haja vista a necessidade de avaliação, pelo magistrado da lesão efetiva, excluindo-se violações meramente formais (enquadramento jurídico-penal à norma prescrita) que materialmente são insignificantes.

Essa função de limitação do poder punitivo serve como um critério salutar na atividade penal de estabelecimento de crimes e penas, haja vista a barreira fundamental presente no respeito à dignidade da pessoa humana.

Torna-se imperioso que, no momento de elaboração da norma o legislador atue com base na *teoria do bem jurídico*, caso contrário, está atuando fora dos limites a que estaria restrito. BIANCHINI⁴⁴⁹ destaca:

À medida que a teoria do bem jurídico esteja apta fornecer informações sobre o que se proteger em determinado bem e porque se o faz, surge a possibilidade de se elaborar uma revisão crítica da norma penal e de todo o ordenamento jurídico que a sustenta em um duplo processo: de uma parte, a descriminalização de determinadas condutas cujo comportamento interdito já não mais possui vigência social; de outra, a criminalização de novas condutas surgidas com a evolução do processo social e que necessitam a tutela penal.

⁴⁴⁹ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. p. 50.

Ocorre que, a hipertrofia do Direito Penal, marcada pela inflação legislativa fruto de uma tutela penal simbólica, obsta atuação da teoria do bem jurídico, pelo contrário, a limitação material é vilipendiada por esse atuar legislativo desenfreado.

O processo de criminalização deve atuar por intermédio de duas regras básicas. Em um primeiro momento, impõe a negação – conceito negativo de bem jurídico – o qual impede a criminalização de condutas meramente morais e de tipo de autor. Passa essa primeira etapa cumpre-se estabelecer a necessidade da tutela penal, para tanto, convém estabelecer dois parâmetros basilares – a eleição de bens imprescindíveis (valiosos); e – a escolha de conduta que efetivamente (e concretamente!) tenham o condão de violar ou expor a perigo aqueles bens jurídicos.

3.4.3 Bem jurídico e Constituição: Teorias Constitucionalistas

A identidade entre o bem jurídico penal e a filtragem constitucional exige que se proceda, antes de qualquer observação acerca das teorias constitucionalistas, à necessária distinção entre monismo – bens jurídicos pertencentes à pessoa (individual) – ou dualismo – admite duas classes de bens jurídicos: individuais e coletivos.

Referido embate tem como pano de fundo o próprio modelo de Estado, somando-se, ainda, a essa distinção, as diferentes concepções da tese monista, que pode ser: coletiva – concebe o bem jurídico sob o ponto de vista do Estado, considerando, neste caso, os bens jurídicos individuais como simples atribuições jurídicas derivadas das funções do Estado –; ou personalista – só consideram os bens jurídicos universais (coletivos) na medida em que servem ao desenvolvimento pessoal do indivíduo.⁴⁵⁰

A tese monista personalista teria o condão de oferecer a melhor proteção do indivíduo frente às ingerências estatais, sobretudo quando colocada em discussão a

⁴⁵⁰ MUNÓZ, Conde; HASSEMER. p. 107/108. “Precisamente la meta de una teoría monista personalista es funcionalizar los intereses generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo. Para esta teoría, los intereses generales sólo se pueden reconocer legítimamente en la medida en que sirvan a los intereses personales.”

possibilidade dos interesses da sociedade e do Estado sobrepujarem-se aos interesses individuais.

Haja vista a insuficiência de um critério material preciso no que diz respeito à eleição de tipos penais, a teoria constitucionalista do bem jurídico incide com o escopo de proporcionar uma base para a legitimação do direito penal, baseando-se na determinação de bens jurídicos constitucionalmente relevantes e, nesse diapasão, a distinção entre bens jurídicos coletivos e individuais e as justificativas para a sua criminalização adquire uma importância vital.

Os enfoques estabelecidos pela doutrina com o fito de definir o bem jurídico – entidade preexistente à ordem jurídica ou função necessária para a manutenção do sistema social – carecem de concretude, uma vez que não definem o conteúdo do bem jurídico-penal.

Com a finalidade específica de trazer a essa embate uma determinação dos bens jurídicos, “surgiu nestes últimos decênios o que se pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais”.⁴⁵¹

Dessa forma, a Constituição seria o instrumento normativo hábil à concreção de bens jurídicos. Destarte, da supremacia da Constituição, conforme a concepção hierárquica e condicionada do ordenamento jurídico à norma constitucional, formulada por Kelsen⁴⁵², pode-se inferir que os bens jurídicos são resultantes dos preceitos constitucionais.

Isto posto, as normas hierarquicamente superiores engendrariam o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, atuando como fonte normativa dos preceitos a elas dependentes, os quais orbitariam ao redor do centro axiológico constitucional.

Tendo-se em conta a relação entre bem jurídico e valores sociais, PASCHOAL⁴⁵³ observa que:

tendo-se em vista o fato de a Constituição ser o documento que alberga os valores mais caros para uma dada sociedade, é nela que o legislador deverá se pautar quando da escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal. Pode-se deduzir, que enquanto o constituinte busca os bens jurídicos penais na sociedade, o legislador os retira da Constituição.

⁴⁵¹ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. p. 172.

⁴⁵² Kelsen. Hans. **Teoria Pura do Direito**.

⁴⁵³ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. p. 49.

Com efeito, comina-se ao legislador ordinário, no processo de criminalização, operar segundo as diretrizes estabelecidas pela Constituição da República, posto que, como informa BIANCHINI⁴⁵⁴, a norma constitucional

é portadora de inúmeros valores materiais, que, via de regra, são aqueles comungados pela sociedade que a instituiu. Ao legislador infraconstitucional não é dada a prerrogativa de descumprir ou mesmo ignorar esse quadro de valores abrigado na Constituição.

Opera-se, dessa forma, um quadro axiológico constitucional, cujo princípio central vetor será a proteção da dignidade da pessoa humana, constituirá a referência material – valores substanciais concretizados na *norma fundamental* – do ordenamento jurídico e segundo os postulados do Estado Democrático de Direito.⁴⁵⁵

É razoável a separação das teorias constitucionalistas em dois grandes grupos – as de caráter restrito e as teorias amplas – conforme se estabeleça a Constituição como determinante específico e explícito dos bens jurídico-penais; ou a reconheça como um *parâmetro* na escolha dos bens relevantes penalmente.

A teoria de fundamento constitucional restrito ou da Constituição como limite positivo ao Direito Penal, articula o atuar legiferante segundo parâmetros constitucionais delineados através de uma proibição específica – a impossibilidade da norma contrariar a ordem constitucional; além disto, haveria uma exigência salutar – criminalizar bens que, de alguma forma, reflitam em seu bojo os valores constitucionais.⁴⁵⁶

O princípio da legalidade estaria pautado, segundo referida concepção, não só na lei mas principalmente na própria Constituição, impondo ao Direito penal uma atuação: como *potencial espelho da Constituição* – o bem jurídico penal deve ter relevância constitucional, independente da relevância e do posicionamento auferido

⁴⁵⁴ BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. p. 43.

⁴⁵⁵ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. Perspectivas (re)legitimadoras. p. 126. “Daí a necessidade de se verificar se o Direito Penal atualmente vigente em nosso país, efetivamente, insere-se nesse contexto, ou seja, se a tutela de bens jurídicos tem-se destinado a proteger aqueles interesses efetivamente relevantes, previsto na Constituição. Mais ainda, imprescindível a abordagem no sentido de ver se o Direito Penal instalado tutela aqueles interesses inerentes ao Estado Democrático de Direito modulado em nosso país a duras penas. Imperiosa, pois, a abordagem crítica do Direito Penal sob a visão do bem jurídico tutelado e de sua vinculação ao Estado Democrático de Direito. Estado este que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal), norteando os objetivos fundamentais da República, dentre eles a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º. Incisos I e III, da CF).”

⁴⁵⁶ BIANCHINI, A. Obra citada. p. 47.

a esses bens pelo texto constitucional – ou, conforme mencionado anteriormente, como instrumento de tutela a direitos fundamentais – importaria na exigência de criminalização de bens reconhecidos pelo constituinte como caros à sociedade.

Essa concepção, contudo, recebe como crítica o fato de, não raras vezes, petrificar o direito, pois as alterações sociais não abrangidas pelo texto constitucional não seriam objeto de. O descompasso entre a realidade social e a Constituição engessaria o direito penal e uma ulterior criminalização de um bem não valorado na Constituição teria o condão de conflitar com os princípios constitucionais.⁴⁵⁷

Não obstante, para a factibilização do princípio da necessidade não serão todos os valores abrangidos pela Constituição que deverão ser tutelados penalmente, mantendo-se o vetor da relevância (intervenção mínima) e lesividade do bem jurídico-penal.

Procurando-se, então, corrigir os erros da concepção restrita, a teoria constitucional ampla ou da Constituição como limite negativo ao Direito Penal não opera a exigência do direito penal como um reflexo absoluto da Constituição, pelo contrário, utiliza a *norma fundamental* como um vetor de legitimação da lei penal. Para tanto, impõe um único limite: não contrariar a ordem constitucional, concedendo ao legislador uma ampla margem de liberdade na sua tarefa criminalizadora.

PRADO⁴⁵⁸ exemplifica que se considera bens dignos de tutela penal os bens “de indicação constitucional específica e aqueles que se encontrem em harmonia com a noção de Estado de direito democrático, ressalvada a liberdade seletiva do legislador quanto à necessidade”.

BATISTA⁴⁵⁹ adverte para a vinculação constitucional do bem jurídico-penal “o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo”.

⁴⁵⁷ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. p. 174. “As constituições, portanto, não apenas são o repositório principal dos bens passíveis de criminalização, mas também contêm princípios relevantíssimos que modelam a vida da comunidade que, para usar a linguagem dos constitucionalistas, constituem cláusulas pétreas, embaixadoras do sistema constitucional, insuscetíveis de serem revistas. E a presença dessa cláusulas e dos direitos que elas consagram e delas derivam marcam limites que o legislador ordinário, principalmente em matéria penal, não pode transpor”.

⁴⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. p. 78/79.

⁴⁵⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. p. 96.

O problema das teorias constitucionalistas, como destaca PASCHOAL⁴⁶⁰

seja em razão de a Constituição revelar os valores caros a uma dada sociedade, seja em virtude de o Direito Penal lesionar bem que tem *status* constitucional, as teorias constitucionalistas importam uma espécie de positivação dos bens jurídicos na ordem constitucional.

A principal diferença entre as duas concepções é que a tese ampla não admite que a Constituição esgote os bens jurídicos passíveis de serem tutelados pelo Direito penal.

Dessa forma, a relação íntima entre a norma penal e o texto constitucional teria o condão de fundamentar uma suposta obrigação constitucional de criminalização. Acerca da obrigatoriedade de criminalizar, CUNHA⁴⁶¹ assevera que:

a Constituição não deveria ser vista de forma unilateral, preocupada apenas com a defesa do indivíduo potencial criminoso (...), mas também com as potenciais vítimas e com a defesa de toda a sociedade. Assim como teria legitimidade para conter o poder criminalizador, autorizando-o apenas á tutelas de objectos legítimos, teria também legitimidade para lhe impor um mínimo irrenunciável de tutela.

Pode-se fazer referência ao entendimento de LIMA DE CARVALHO⁴⁶²:

a lei penal necessita ficar circunscrita dentro dos limites bem definidos do texto constitucional. O resultado disso é que, na hierarquia dos valores expressos no texto da Lei maior, capta-se a necessidade da realização de um processo despenalizador, e de outro de penalização, realizados, ambos, a partir de premissas constitucionais.

Ocorre que, a concepção que advoga a obrigatoriedade constitucional de criminalização, em que pese o intento voltado a um Direito penal mínimo – limitação do *ius puniendi* – teria o condão de, ao *fundamentar* o poder punitivo alargar a potencialidade punitiva, posto que

a Constituição passa(ria) a ser tomada como propulsora do Direito penal, permitindo-se que qualquer situação de ‘emergência’, possa ensejar questionamentos relativos ao descumprimento de uma indicação, ou determinação constitucional de criminalização.⁴⁶³

⁴⁶⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. p. 51.

⁴⁶¹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e descriminalização. p. 299.

⁴⁶² CARVALHO, Márcia Dometilha Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. p. 38.

⁴⁶³ PASCHOAL, J. C. Obra citada. p. 51.

Isto posto, cumpre asseverar a corrente doutrinária que entende que a elevação de um determinado bem jurídico ao nível constitucional não teria o condão de obrigar a criminalização das condutas e ele lesivas, como importa destacar MIR⁴⁶⁴, DIAS⁴⁶⁵, ROXIN⁴⁶⁶, FRANCO e LUISI⁴⁶⁷, dentre outros.

Na verdade, as teorias constitucionalistas do bem jurídico cumprem melhor o papel de deslegitimação da intervenção punitiva – através dos princípios da necessidade e lesividade – do que de definidor do bem jurídico-penal ou ainda de fundamentador de obrigações impostas pela Constituição para criminalizar condutas.

Sob o enfoque das teorias constitucionalistas a *Constituição* ganha relevo no Direito Penal como documento *constituente* e *dirigente* (**Canotilho**) da sociedade. A concepção de um Direito penal mínimo, no mesmo sentido, concebe a CR através de núcleo jurídico irreduzível/fundamental capaz de estruturar a sociedade e, no que diz respeito aos critérios de criminalização, fixar os limites materiais do Estado, as garantias e direitos fundamentais e, ainda, disciplinar o processo de atribuição do sentido da formação político-jurídico do direito penal.

Nas lições de CARVALHO⁴⁶⁸ “o bem jurídico protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação, diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se”.

Enquanto um instrumento *dirigente*, o texto constitucional deverá ser tomado enquanto um instrumento limitativo do poder do Estado e não como um fundamento de criminalização, facilmente manipulável pelas situações de emergência fomentadas pela mídia. Com efeito, a Constituição da República é a norma fundamental, constituindo-se no fundamento de validade material e formal do sistema penal⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. p. 9.

⁴⁶⁵ DIAS, Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. p. 78.

⁴⁶⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. p. 74.

⁴⁶⁷ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. p. 11.

⁴⁶⁸ CARVALHO, Márcia Dometilha Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. p. 34.

⁴⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 224: “A Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico.”

4. PROCESSOS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO

Os discursos de descriminalização⁴⁷⁰ são fruto de uma quantidade significativa de fatores.

É imperioso destacar, em primeiro lugar, o seu surgimento como uma reação à expansão da intervenção penal, operada, sobretudo, por intermédio das práticas legislativas.

Os movimentos de descriminalização têm ocorrido concomitantemente, portanto, às tendências de neocriminalização. Nesse sentido é salutar a observação de DIAS e ANDRADE⁴⁷¹:

o discurso da descriminalização obedece, pois, à mesma lógica que o discurso da criminalização. Trata-se, numa perspectiva diacrônica, de identificar uma conduta socialmente danosa e intolerável; de questionar a *legitimidade* e a *necessidade* de o Estado controlar juridico-penalmente a sua expressão; e, por último, de indagar se o sistema penal o pode fazer com vantagens, sem se converter ele próprio numa fonte autoritária de disfunções sociais, isto é, num fato criminógeno.

A respeito da dialética criminalização/descriminalização, é imperiosa a lição de BUSATO⁴⁷²:

Ademais, o Direito penal, como outra qualquer ciência, sofre constantes modificações e se vivemos um fenômeno de neocriminalização, também vivemos paralelamente um movimento de descriminalização. Parece, isto sim, que mais que um movimento de expansão, o Direito penal vive um fenômeno de "migração", posto que ao mesmo tempo em que surgem novas áreas de interesse penal, como o meio ambiente, a economia popular, se debate a possibilidade de diminuir a intervenção em outros campos, como os crimes contra os costumes, o uso de entorpecentes, o aborto, etc".

⁴⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil**. Estudo Criminológico e Dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 96. "Nos Colóquios de Bellagio e de Nova Iorque, preparatórios para o XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste (1974), o tema da *descriminalização* aparece de forma inédita na pauta orientadora da discussão político-criminal e é reivindicada pelos *expertes* das ciências criminais como alternativa à crise deflagrada pelo processo de inflação legislativa e de descodificação que caracterizou o direito penal do século XX".

⁴⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O homem delinqüente e a sociedade criminógena. p. 404.

⁴⁷² BUSATO Paulo César. **O Papel do Ministério Público no Futuro do Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Notadez. n. 5, abr./jun. 2002. p. 119.

No plano teórico, por sua vez, o discurso criminológico operou a desmistificação das funções reais exercidas pelo sistema penal, ao desvelar os verdadeiros fins das penas – declarados pelas teorias da prevenção (geral e especial) – e o processo estigmatizante e de seleção realizado pela criminalização (primária e secundária).

Finalmente, a mudança do enfoque da política criminal – do paradigma etiológico (liberal-individualista) ao modelo da reação social – importa no desenvolvimento de correntes de política criminal alternativas.⁴⁷³

Aliando a funcionalidade penal à proteção *subsidiária* de bens jurídicos em sintonia com o princípio da necessidade, o programa de Direito Penal mínimo, passa a defender que o “Estado e o seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o **menos possível**; e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade”⁴⁷⁴; estruturando-se por intermédio de um amplo processo de descriminalização – reserva de código – qualificando o potencial garantista do direito que é a tutela do pólo mais fraco na relação jurídico-penal.

Operando por intermédio dos princípios da necessidade e lesividade penal o garantismo preconiza o movimento descriminalizador, nas hipóteses de ausência das garantias anteriormente mencionadas; por outro lado, segundo a máxima do Direito penal mínimo – *assegure um máximo de bem-estar possível para os não-desviados e o mínimo de mal-estar aos desviados* – cumpre-se que se assegure, sobretudo sob uma perspectiva relegitimadora, “um Direito penal maximamente condicionado e maximamente limitado, isto é, limitado às situações de absoluta necessidade à tutela daqueles valores ou direitos fundamentais”, por essas razões, “afigura-se indiscutível a necessidade de redimensionar a tutela do Direito penal”.⁴⁷⁵

⁴⁷³ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil**. Estudo Criminológico e Dogmático. p. 97/98.

⁴⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais a Doutrina Geral do Crime. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004. p. 124. “A esta proposição se dá o nome de *princípio da não-intervenção moderada* – corrigindo em parte o princípio da *não-intervenção radical* avançado por Schur -, que assim se arvora em trave-mestra de todo um programa político-criminal”.

⁴⁷⁵ SBARDELOTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. p. 207. Segundo o autor, haveria a necessidade de tornar o Direito Penal *inflexível*, “relativamente à macrocriminalidade, à criminalidade do *colarinho branco*, enfim, àquela fatia da delinquência que, efetivamente, é lesiva e impede a implementação dos princípio e direitos sociais, bem como os objetivos da República, configurados na Constituição”.

Não se pode olvidar, dessa forma, que os movimentos de descriminalização estão relacionados à criminalização, no que foi preciso, primeiramente, reputar-se aos princípios fundamentais que atuam nos processos de criminalização (**segundo capítulo**) para, em um segundo momento, trabalhar com a via oposta: a descriminalização.

Por essa razão, DELMAS-MARTY, citada por CARVALHO⁴⁷⁶ assevera que: “criminalizar e descriminalizar, são, ao mesmo tempo, objeto e sujeito, movimento e definição, consequência e causa da política-criminal”.

Na relação entre criminalização/descriminalização deve-se afrontar as teorias ortodoxas, que “pendem ou para uma renúncia completa do Direito penal, ou para uma intervenção máxima capaz de gerar uma verdadeira sociedade de criminosos”,⁴⁷⁷ buscando-se (sempre) a limitação do poder punitivo estatal através de um sistema de garantias, pautado em “limites ônticos à mínima e à máxima intervenção penal e limites deônticos mínimos e máximos de sua expansão”.⁴⁷⁸

No que tange à *descriminalização*, serão analisados os aspectos direcionados à atuação do Estado enquanto fonte legítima do Direito penal e órgão emanador das leis que acatam as pretensões sociais no que diz respeito à proteção dos valores indispensáveis à vida: os bens jurídicos.

Através de um juízo de ponderação entre a adequação e a necessidade, ou seja, buscando-se a justa medida segundo CANOTILHO⁴⁷⁹ e com espreque no viés garantista, será objeto de exame a descriminalização, ora levando o Estado a retirar da esfera penal determinados delitos (descriminalização em sentido estrito), ora fundamentando-se a substituição das penas por sanções de outra natureza, ora transformando os ilícitos penais em ilícitos extrapenais (descriminalização substitutiva).

⁴⁷⁶ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Estudo criminológico e dogmático. p. 115. “Não por outro motivo os autores de criminologia definem a (des)criminalização como *processo*, ou seja, indicam o sentido de constância e gradual alteração do panorama repressivo”.

⁴⁷⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional normativista. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 03, n. 11, 2003. p. 97.

⁴⁷⁸ Autor Citado. Prevencionismo x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 4, n. 14, 2004. p. 149.

⁴⁷⁹ CASTRO, Fábio Caprio Leite. Postulado da proporcionalidade como estrutura formal para a realização da justiça corretiva. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 04, n. 16, 2004. p. 156.

Em decorrência da realidade expansiva do Direito Penal torna-se cada vez mais complexa a fundamentação e aceitação dos processos de (des)criminalização. A crise atual do conceito de bem jurídico penal importou na maior fluidez da concepção material do tipo penal e, por conseguinte, na consecução de políticas de criminalização.

Haveria, portanto, uma tendência de manutenção da ordem legal, operacionalizada através de processos de criminalização seletivos e estigmatizantes os quais sustentariam a sua legitimidade através de uma legalidade meramente abstrata e fundada, sobretudo, na ideologia do discurso da ressocialização.

4.1 CONCEITOS BÁSICOS

A descriminalização é um corolário do princípio da necessidade (intervenção mínima, lesividade e culpabilidade), primado salutar haja vista, sobretudo, o desmedido crescimento, a partir do século XIX, das normas penais incriminadoras.

Da preocupação dos efeitos nefastos às liberdades individuais favorecidos pela hipertrofia penal, o Direito penal mínimo propõe, dessa feita, movimentos de descriminalização, despenalização e diversificação:

cujos adeptos partem de três constatações: a) a falência das prisões e da ideologia do tratamento ressoacializador dentro das prisões; b) o elevado custo da operacionalização do sistema penal; e c) a falta de legitimidade do sistema penal em face da inerente seletividade (atinge somente determinadas classes sociais).⁴⁸⁰

ZAFFARONI e PIERANGELI⁴⁸¹ preconizam que atualmente,

no plano das diversas tendências ou linhas que se propõem para à reforma dos sistemas penais nos países centrais e das quais que, em boa parte, se encarrega a ONU em seus 'congressos de prevenção do crime e tratamento do delinqüente', mencionam-se as seguintes": a *descriminalização*, a *despenalização*, a *diversificação* e a *intervenção mínima*.

⁴⁸⁰ KIST, Dario José. Fundamentos do Direito Penal Democrático. **Revista de Estudos Criminais**. n. 2 p. 132. Porto Alegre: Notadez, a. 01, n. 02, 2001, p. 132.

⁴⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**.. p. 340-341.

Primeiramente, cumpre enfatizar que não há um consenso entre os autores no que diz respeito ao conteúdo dos conceitos utilizados para designar referidos modelos de Política criminal.

Com vistas a elucidar e delimitar os conceitos-base utilizar-se-á, sobretudo, a distinção efetuada por CERVINI, entre as designações descriminalização, despenalização e diversificação além, é claro, do conceito de desistintucionalização, intrinsecamente relacionado com referidos movimentos.

Cumpre salientar que, haja vista o objetivo desse trabalho referir-se, especificamente à descriminalização, os conceitos correlatos aos movimentos descriminalizadores serão abordados apenas perfunctoriamente, de forma a atingir o escopo determinado, qual seja, distingui-los sem, contudo, esgotar o assunto.

4.1.1 Descriminalização

Criminalizar significa descrever determinada conduta humana como crime – defini-la como um comportamento criminoso – *descriminalizar*⁴⁸² traduz o oposto, isto é, importa na desconsideração de certa conduta como delito – significa retirar o caráter criminoso de determinado fato.

Com esboço na ilegitimidade da intervenção punitiva, LOPES⁴⁸³ observa que opera-se a supressão

da natureza penal de certos fatos delituosos, o que pode ser feito através de lei, derogando de modo expresse a tipificação de certos comportamentos, ou pela substituição da sanção penal por outras formas de sanção. (...). Pode, também, ocorrer uma diluição da utilidade social do tipo penal, impondo-se uma readaptação à norma e à transferência da sanção para outro ramo do Direito.

⁴⁸² DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. p. 75. “Segundo Marc Angel, a palavra *descriminalização* surgiu pela primeira vez em uma obra de Sheldon Glueck, em 1949. Mas ele mesmo esclarece não ser recente o fenômeno, posto que já no século XVIII, uma lei inglesa do ano de 1736 proibia as perseguições em matéria de bruxaria (‘Décriminalisation et criminalization’, em RSCDPC nº 1, de 1976, p. 67). DIAS, Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. p. 398. Segundo os autores a descriminalização – um dos temas centrais das ciências criminais – é uma constante na história das instituições penais.

⁴⁸³ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 757, n. 87, p. 402-412, Novembro. 1998. p. 408.

Portanto, cinge-se o fenômeno da descriminalização a exclusão da sanção penal, ou seja, a retirada de determinada conduta do rol dos delitos, quando outros ramos do Direito oferecem resposta adequada e suficiente, não havendo necessidade de se recorrer à extrema *ratio* da sanção penal.⁴⁸⁴

O atual movimento de descriminalização provém do imperioso reconhecimento de que outros setores do Direito (e até mesmo da sociedade organizada) constituem respostas mais eficientes e menos inconvenientes que a sanção penal. Ademais, a relativização dos valores e dos bens da sociedade moderna implicam nas tendências de crescimento e decréscimo da necessidade da tutela penal, conforme as contingências e transformações no âmbito jurídico-cultural.

Segundo HULSMAN⁴⁸⁵, *descriminalização é*

o ato e a atividade pelos quais um comportamento, em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções, é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do Juiz).

Não se trata, na verdade, da destipificação de um fato pois o conceito de descriminalização é muito mais amplo, abrangendo além da tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Nesse sentido, ROXIN⁴⁸⁶ preconiza:

A descriminalização é possível em dois sentidos: primeiramente, pode ocorrer uma eliminação definitiva de dispositivos penais que não sejam necessários para a manutenção da paz social. (...) Um segundo campo de descriminalizações é aberto pelo princípio da subsidiariedade (fundado) na idéia de que o direito penal (...) somente pode ser a *ultima ratio* da política social.

O processo de descriminalização pode se manifestar de três formas: descriminalização formal, *de jure* ou em sentido estrito – pugna a remoção de

⁴⁸⁴ LUNA, Everardo Cunha. **Capítulos de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 1985. p. 393. "Em sentido genérico, a descriminalização também consiste em: 1) restringir o âmbito do tipo penal; 2) diminuir a pena cominada; 3) abolir agravantes da pena; 4) transformar o crime em contravenção; 5) transformar a contravenção em ilícito administrativo".

⁴⁸⁵ HULSMAN, Louk H. C. Descriminalização. **Revista de Direito Penal**. Órgão oficial do instituto de ciências penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 9/10, jan./jun. 1973. p. 7.

⁴⁸⁶ ROXIN, Claus. **Estudo de Direito penal**. p. 12-13.

determinada conduta do universo jurídico⁴⁸⁷, retirando toda e qualquer ilicitude do comportamento; descriminalização *substitutiva* – mantém a antijuridicidade da conduta, transferindo o controle penal para outra esfera do Direito; e, finalmente, a descriminalização *de fato* ou informal, a qual, em situações concretas⁴⁸⁸, elimina a aplicação efetiva da pena sem, contudo, retirar o caráter ilícito da conduta.

Cumprе destacar, finalmente, que os movimentos descriminalizantes operam por duas vias: a legislativa (formal) e a judicial (interpretativa⁴⁸⁹). Os modos de operacionalização da descriminalização – ato descriminalizante – bem como as formas de efetivação – através da legislação ou da decisão judicial – tendo em conta suas peculiaridades, serão abordados separadamente.

A descriminalização – entendida como *desqualificação do crime* – não obstante, articula-se juntamente com as soluções de neocriminalização⁴⁹⁰ e, nesse ponto, é imperioso que as soluções impostas pela política criminal interajam intrinsecamente com os primados da intervenção mínima e da proteção do bem jurídico-penal.

⁴⁸⁷ Descriminalizar significa retirar do fato o caráter de ilícito. Isto ocorre por via legislativa (*abolitio criminis*), a exemplo da recente Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que aboliu, dentre outros, o crime do art. 217.

⁴⁸⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. p. 76/77. Segundo o autor, a descriminalização informal, também chamada *de fato*, poderia resultar: “a) da não aplicação da lei penal pelo juiz no pressuposto de que a foi ela *revogada* pelos usos e costumes sociais; b) da renúncia do direito de queixa ou representação e do perdão aceito, nos crimes de ação penal de iniciativa privada, ou pública condicionada; c) da omissão da autoridade policial ou do MP em promover o inquérito ou a ação penal.” Ainda que haja precedentes na jurisprudência (no que tange ao delito casa de prostituição – art. 229) o autor assevera o entendimento do STJ no sentido de não permitir a revogação de uma lei pelo costume, haja vista o princípio da supremacia da lei e a não existência do costume *contra legem*. Por suas vez, as “hipóteses b e c também não caracterizam o fenômeno jurídico penal da descriminalização. Com efeito, a renúncia e o perdão constituem faculdades do ofendido em não promover a persecução penal contra o ofensor, mantido intacto o crime em todos os elementos de sua constituição. E, por último, a prevaricação do órgão policial ou do MP constitui um delito do omitente e não produz qualquer consequência quanto à punibilidade do fato a ser apurado”.

⁴⁸⁹ A descriminalização interpretativa é precedida da descriminalização fática, como é o caso do adultério que de primeiramente deixou de sofrer reprovação pela consciência popular, ocorrendo a descriminalização.

⁴⁹⁰ DOTTI, R. A. Obra citada. p. 77. “A *neocriminalização* consiste na atividade estatal de agravar as hipóteses já previstas de crimes, ampliando os seus contornos típicos, aumentando as sanções ou reduzindo as garantias processuais do acusado ou condeando”.

4.1.2 Despenalização

A par da descriminalização, de natureza eminentemente material, a despenalização é uma forma de dificultar a aplicação da pena de prisão ou o ato de diminuir a sanção imputada a um delito sem, entretanto, descriminalizá-lo; quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal, incluindo todas as alternativas possíveis que possam atenuar e evitar a aplicação da pena de prisão.

DOTTI⁴⁹¹ estabelece a seguinte distinção:

Penalizar determinadas condutas é sancioná-las com a pena criminal quando o fato era penalmente atípico ou recebia a sanção apenas de outro ramo do ordenamento positivo (Direito Administrativo, Civil, Tributário, Disciplinar, etc). A *despenalização* é a operação inversa: a infração deixa, por força de lei, de pertencer ao rol dos eventos punidos com a sanção criminal.

Essa inicial divergência entre a distinção operada por DOTTI⁴⁹² entre penalização e despenalização e o conceito acima referido justifica-se na medida em que, para o autor mencionado, a substituição da pena privativa de liberdade por outras sanções, de caráter não detentivo melhor caracteriza um sentido *ampliativo* de despenalização.

Independentemente das opções classificatórias dos conceitos ora observados cumpre asseverar a opção pelo uso do vocábulo *despenalização* no sentido comumente encontrado na doutrina pátria e comparada⁴⁹³, qual seja, a significação de despenalização como o “ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas à penas privativas de liberdade”.⁴⁹⁴

O processo de despenalização, dessa feita, mantém o caráter ilícito do fato, ensejando a condenação do agente sem, contudo, implicar no cumprimento de uma

⁴⁹¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. p. 78.

⁴⁹² DOTTI, R. A. Obra citada. p. 78.

⁴⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena.. p. 401. “Com a descriminalização não se identifica também, por outro lado, a *despenalização*, como processo de redução, maior ou menor, das sanções criminais aplicadas a condutas que persistem como ilícitos criminais. A despenalização contende hoje, sobretudo, com a substituição da pena privativa de liberdade por outras sanções não detentivas e tem encontrado grande eco por parte de organizações internacionais como a ONU e o Conselho da Europa”.

⁴⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. p. 341.

pena privativa de liberdade, executando-se a pena de forma alternativa ao encarceramento.

Cumpra asseverar, que a despenalização insere-se, na verdade, dentre os modelos *diversificacionistas*⁴⁹⁵ (analisados a seguir), os quais, com esboço na crítica às efetivas funções desempenhadas pelo cárcere mantêm a ilicitude penal, apresentando respostas alternativas com o fito de redução dos danos provocados pelas penas privativas de liberdade. Esse enfoque substitutivo atinge não apenas as espécies de pena – despenalização – abrangendo também as alternativas processuais – diversificação em sentido estrito.

Essas opções penais são uma resposta à crise do Direito Penal, que se circunscreve ao colapso desse modelo enquanto Ciência jurídica⁴⁹⁶ – sobretudo a necessidade de delimitação do método adequado⁴⁹⁷ – e no que tange à sua função de controle social formal.

No contexto desta tensão, inserida, segundo ANDRADE⁴⁹⁸, “no horizonte mais amplo de crise do pensamento científico e das Ciências Sociais e Humanas”, a prisão converte-se na resposta penal usual, incrustada na ideologia da reforma do delinqüente.

Neste diapasão, a pena prisional acaba entrando também em colapso pois, no dizer de BITENCOURT⁴⁹⁹

essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão, referem-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

O fracasso das teorias legitimadoras da pena – a pena não intimida nem ressocializa e tampouco retribui o mal causado – contribui para o atual panorama de deslegitimação do sistema penal.

⁴⁹⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil**. Estudo Criminológico e Dogmático. p. 138.

⁴⁹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. p. 82. “A ‘crise da Ciência Penal impunha então (re)indagar qual era, no pensamento e na vida social, o problema de sua existência; ou seja, sua razão de ser, sua missão teórica, sua função prática e qual método deveria seguir para alcançar sua meta científica e prática”.

⁴⁹⁷ Sobre o método do Direito penal: SCHMIDT. Andrei Zenkner. **O método do Direito penal: sob uma Perspectiva Interdisciplinar**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

⁴⁹⁸ ANDRADE, V. R. P. Obra citada. p. 81. “Se a Escola Vera, a Escola Positiva teve o mérito de libertar a velha Ciência Penal das *incrustações metafísicas que a recobriam* que logo frustraram o pensamento da construção de uma nova ciência, cuja edificação, sem método adequado pretendia destruir sem reconstruir, resultando um Direito Penal sem direito”.

⁴⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. p. 143.

A *profissionalização*⁵⁰⁰ do crime promovida pelo sistema carcerário, além, é claro da manifesta estigmatização agenciada pelos movimentos criminalizantes desvelam a (des)legitimidade punitiva do Estado.

A descriminalização e a despenalização aparecem, portanto, como resposta à essa crise. O que as difere, no entanto, é que a despenalização, em que pese o fracasso das justificativas da pena – principalmente a pena privativa de liberdade – fornece uma alternativa à sua aplicação.

A Escola Clássica – balizada nas ideais contratualistas e utilitaristas de seu tempo – sobretudo através dos ensinamentos de Beccaria – já pugnava pela adoção da proporcionalidade entre os delitos e a pena.

A despenalização abarca, dessa feita, uma redução ou uma atenuação no juízo de desvalor, atenuando sua carga de gravame à liberdade individual, por intermédio de penas alternativas, adaptando o sistema às regras de proporcionalidade.

Balizada nesta principiologia, a despenalização implica a mitigação da pena privativa de liberdade sem, contudo, confundir-se com os processos despenalizadores alternativos. Essa distinção é salutar, tendo em conta que, enquanto a despenalização é um mecanismo impeditivo da pena, as penas alternativas, como se pode notar pela própria denominação, partem de uma sanção prisional previamente fixada, operando, tão somente, a sua substituição.

Os processos despenalizadores, por sua vez, podem ser operacionalizados através da imposição judicial ou por intermédio da conciliação entre as partes envolvidas na contenda, implicando na redução ou diminuição da reprimenda penal.

DOTTI⁵⁰¹ promove a distinção entre *despenalização formal* – resulta da própria lei, quando comina uma pena não privativa de liberdade (substitutiva ou alternativa) ou quando substitui a pena criminal por uma sanção de outra ordem jurídico – e *despenalização informal* – a qual poderá resultar de um ato judicial ou administrativo.

A distinção entre descriminalização e despenalização não é pacífica entre os especialistas. Parte da doutrina inclui a despenalização como uma espécie de

⁵⁰⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. “(...) a prisão foi sempre um grande instrumento de recrutamento. A partir do momento em que alguém entrava na prisão, se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar à delinquência. Caía necessariamente no sistema que dele fazia um proxeneta, um policial ou um alcagüete. A prisão profissionalizava”.

⁵⁰¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. p. 79.

descriminalização. Essa dificuldade transparece quando em pauta as alterações promovidas pela Lei n. 9.099/95⁵⁰², em que, seus institutos despenalizadores, por vezes, são confundidos com medidas de descriminalização.

Esta lei, por sua vez, não cuidou de nenhum processo de descriminalização e veicula expressivas medidas despenalizadoras, quais sejam: a necessidade de representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas (art. 88); o reconhecimento da composição civil entre as partes envolvidas como renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único); a suspensão condicional do processo (art. 89); e a transação penal (art. 76 e parágrafos).

A despenalização, portanto, tem o escopo de, através de medidas substitutivas ou alternativas (de natureza penal e processual penal), mantendo o caráter de ilícito penal do fato, reduzir a pena e restringir a aplicação da prisão.⁵⁰³

Este processo está ligado à idéia de expulsar ou diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo⁵⁰⁴, ou seja, o delito continua ilícito penal, porém, aplicam-se as medidas alternativas à pena privativa de liberdade.

Preconiza CERVINI⁵⁰⁵: “considera-se mais conveniente manter a ilicitude do fato, eliminando-se somente a pena, evitando um possível excesso de conduta nessas áreas, e ratificando a suposta tarefa de docência moral da legislação.”

Dentre o aparato normativo operacionalizador da despenalização no direito brasileiro, pode-se estabelecer uma distinção dentre os mecanismos que: visam a dificultar a aplicação da pena de prisão – alteração do caráter público da ação penal transmutando-se ações públicas em privadas e as ações incondicionadas em condicionadas à representação⁵⁰⁶; tencionam evitar a aplicação da reprimenda prisional – substituição pelo pagamento de multa e penas restritivas de direitos;

⁵⁰² Sobre a Lei 9.099/95 e a implantação de mecanismos de conciliação no Direito pátrio: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Conciliar ou punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea**.

⁵⁰³ KISTI, Dario José. **Fundamentos do Direito Penal Democrático**. p. 133. “A despenalização consiste numa atenuação das penas, ou na substituição de penas graves por outras mais benignas, chamadas de alternativas penais. A conduta mantém seu caráter ilícito, ensejando a condenação do agente. Entretanto, a execução da pena será, em regra, fora dos estabelecimentos penais em que são cumpridas as penas privativas de liberdade. A medida se justifica, pois o modelo punitivo vigente, especialmente no Brasil, é baseado na pena privativa da liberdade, nas formas de reclusão e detenção, cujo cumprimento ocorre no interior dos estabelecimentos penais. Nesse contexto, despenalizar não significa deixar de penalizar, mas executar a pena de forma alternativa ao encarceramento”.

⁵⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte Geral. p. 358.

⁵⁰⁵ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 85.

⁵⁰⁶ Tendência despenalizadora operada pela Lei n. 9.099/95 ao alterar a ação penal nos crimes de lesão corporal leve – art. 61.

procuram evitar ou abreviar o desenvolvimento do processo – transação e suspensão penal, procedimentos sumários e, enfim, os aparatos legais destinados à restrição da execução da pena de prisão – *sursis*, regime aberto e semi-aberto, livramento condicional e remição.

Com as medidas despenalizadoras mencionadas, o Direito Penal mantém o condão garantista que preza sua atuação em *ultima ratio*, através da ampliação e utilização das penas ou medidas alternativas⁵⁰⁷ à aflagrada segregação penal.

Traçando-se esse paralelo entre a *descriminalização* e a *despenalização* nota-se que o problema, no tocante à política-criminal, é encontrar o equilíbrio necessário entre a repressão punitiva e a liberdade e dignidade dos sujeitos.

Ademais, como assevera BRUNO⁵⁰⁸:

o Direito Penal, como sistema jurídico, possui dupla face: uma que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e a outra protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder daquela contra este, na prevenção e repressão à criminalidade, e sua atuação deve ser feita dentro de um critério que regulamente a justiça.

Os movimentos de descriminalização e despenalização, e, principalmente, o conhecimento de seus traços distintivos colaboram ao necessário aperfeiçoamento do sistema jurídico penal, de modo que a atual reivindicação por segurança não sufoque, nem venha a destruir, as garantias constitucionalmente estabelecidas.

Esse aprimoramento do aparelho punitivo é salutar para conter a tendência expansiva do direito penal. Deve-se aplicar um Direito Penal mínimo, afastando-se do seu campo todas as condutas, ainda que com relevância social, que puderem ser eficazmente prevenidas ou retribuídas por outras esferas do direito.

4.1.3 Diversificação: Conceitos Afins

A diversificação está relacionada à desinstitucionalização do sistema penal, ou seja, opera o abandono do controle formal – interrupção ou suspensão dos

⁵⁰⁷ Nessa balada, o Código Penal Brasileiro, em 1984 adotou uma série de *medidas alternativas*, evadindo-se do encarceramento,

⁵⁰⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte Geral, tomo 1: introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 32-33.

processos criminais⁵⁰⁹ – para transferir a solução dos conflitos penais aos seus próprios envolvidos ou a órgãos especiais *ad hoc* não pertencentes aos sistemas penais formais.

Parte-se, portanto, da necessária busca de respostas fora do sistema, haja vista a impossibilidade do próprio sistema penal oferecer soluções aos conflitos que as condutas criminalizadas encerram.⁵¹⁰

Os processos criminais de diversificação podem ser entendidos como “alterações do enfoque punitivo centralizado da prisão, as quais possibilitam a abertura de espaços no sentido de modificar e substituir as tradicionais respostas estatais aos desvios puníveis a partir de fórmulas legais alternativas.”⁵¹¹

ROXIN⁵¹² esclarece que os métodos de diversificação são utilizados em quantidade considerável na Alemanha, como um mecanismo para evitar a condenação formal por um juiz, advertindo, contudo, que a diversificação, apesar de representar um meio de combate ao crime mais humano do que a pena, só é possível dentro de certos limites, e ainda assim sob a vigilância estatal.⁵¹³

OLIVEIRA⁵¹⁴ usa o termo *diversão* como sinônimo de *desjudiciarização*, ou seja, “a forma de resolução de um conflito, humano, que tem a natureza de um

⁵⁰⁹ No direito brasileiro pode-se citar como exemplo dessa nova tomada de posição frente os delitos a Lei nº 9.099/95 – para infrações de menor potencial ofensivo - que introduziu institutos como a conciliação (danos materiais), a transação penal e a suspensão condicional do processo. ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. p. 341. “*Diversificação* é a possibilidade legal de que o processo penal seja suspenso em certo momento e a solução ao conflito alcançada de forma não punitiva. (...) No Brasil, a Lei 9.099, de 26.09.1995, retrata esta tendência”.

⁵¹⁰ No que tange às tendências do Direito penal MUNÓZ CONDE, faz referência à funcionalização e, em outro sentido, fala em desformalização: “La desformalización es uno de los caminos a través de los que se puede realizar un Derecho penal funcionalizado: eliminando o disminuyendo de las barreras tradicionales del Derecho penal garantista que pueden limitar los fines políticos. Precisamente, ésta es una de las razones que se aducen en favor de la solución privada y rápida del conflicto. Pero este carácter instrumental no es el único aspecto que debe tenerse en cuenta en el análisis y valoración de las tendencias desformalizadoras. “Desformalización” también significa una mayor fluidez y revitalización de estructuras estancadas que han sobrevivido o que, por diversas razones, no tienen ya el valor que originariamente tenían”. p. 174. CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introducción a la criminología y al Derecho penal**.

⁵¹¹ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil**. p. 138.

⁵¹² ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. p. 15.

⁵¹³ Nota-se aqui a fuga ao abolicionismo, deixando claro que ainda que seja uma *alternativa* mais branda, a *diversificação* somente poderá operar-se dentro do controle estatal (formal).

⁵¹⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativas à Prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 21/22. Dentre essas alternativas, o autor faz ainda referência à mediação – operada fora dos ritos jurídicos – através da intervenção do mediador. No que tange à *diversão*, OLIVEIRA distingue três tipos: a *diversão simples* – quando o conflito é solucionado diretamente pela Polícia ou pelo Ministério Público; *diversão encoberta* – quando o acusado indeniza a vítima como forma de obstar a ação penal; e, por fim, a *diversão com intervenção* aparece quando o processo fica suspenso sob a exigência do cumprimento de determinadas condições. Através dessas diferenciações, pode-se observar que os institutos da Lei 9.099/95 – transação penal e suspensão condicional do processo –

problema jurídico-penal colimando a pacificação do infrator com a vítima para o bem-estar social, sem a utilização de procedimentos comuns da Justiça penal”.

A desinstitucionalização significa descentralizar ou desjudicializar o controle penal, optando por meios informais e não centralizados, mister do abolicionismo radical⁵¹⁵ que prega a desinstitucionalização do Direito penal. A desjudicialização ou a desjudiciarização⁵¹⁶ ocorre através da substituição dos tribunais por instâncias de natureza não-penal – administrativas, civis – de inclusão social.

Operacionalizar-se-ia, dessa forma, o recrudescimento do Direito Administrativo através da transformação dos delitos em ilícitos administrativos. A esse respeito é importante ressaltar que as vertentes criminalizadoras atuais têm acarretado o ofuscamento das fronteiras entre ilícitos penais e administrativos.

Essa tendência tem operado um processo de descodificação, gerando sistemas penais autônomos. A descodificação pode ser *própria*, nas hipóteses de criação de legislações penais extravagantes – para a proteção de novíssimos bens jurídicos – construindo sistemas paralelos, com submissão aos princípios penais e processuais penais. Não obstante, essa prática legiferante tem levado a uma espécie de *descodificação imprópria*, ou seja, a produção de textos penais híbridos⁵¹⁷ parcialmente penais, civis e administrativos.⁵¹⁸

WINFRIED HASSEMER, seguindo essa tendência, propõe uma terceira via, sugerindo a implantação de um novo ramo do direito – híbrido – situado entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, que ele denomina de direito de intervenção.

Segundo HASSEMER, o poder punitivo atuaria em duas frentes, o que poderia ser entendido como o “Direito Penal de duas velocidades”. Assim, para a proteção dos bens jurídicos individuais indispensáveis e fundamentais ao cidadão,

assemelham-se aos conceitos desenvolvidos pelo autor. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. *Os autores também utilizam o termo diversão*.

⁵¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. Parte Geral. p. 80. “Há os que, diante da configuração real do sistema penal, e ante a comprovação de que a mesma se acha intimamente vinculada à estrutura social de poder, postulam a impotência do conhecimento e a necessidade de uma ação que aniquile a estrutura de poder e a substitua por uma estrutura não marginalizante (*crítica social extrema ou revolução radical*)”.

⁵¹⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. p. 78.

⁵¹⁷ CORACINI, Celso Eduardo Faria. **Os movimentos de descriminalização**: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. p. 260. Segundo o autor: “Hassemer propõe a estruturação de um direito híbrido em que as garantias de direito individuais tradicionais são mitigadas, atribuindo uma maior funcionalidade ao sistema persecutório, em troca do abrandamento da resposta estatal”.

⁵¹⁸ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil**. p. 108.

seriam conservadas todas as garantias fundamentais e; para a proteção aos bens jurídicos coletivos, onde não seria possível a aplicação de pena privativa de liberdade, as garantias seriam flexibilizadas, adotando alguns aspectos do Direito Administrativo.

Reconhece, portanto, a existência dos bens jurídicos coletivos relevantes para o Direito Penal - quando salutareis ao desenvolvimento pessoal do indivíduo. No entanto, não existem fórmulas exatas para fazer a delimitação da seleção e da hierarquização dos bens jurídicos, visto que o próprio conceito de bem jurídico não é estanque e sim dinâmico conforme a realidade cultural e histórica da sociedade que evolui muito rapidamente, e sempre está sujeita a valorações de cunho ideológico, ético, político e econômico, que acabam por determinar mudanças inclusive nos valores constitucionais e no âmbito jurídico-penal.

SALO⁵¹⁹ assevera que esse sintoma do pan-penalismo, operado por intermédio da transformação do controle penal em um sistema administrativizado cria uma situação insustentável ao estabelecer sistemas (em tese) penais caracterizados pela flexibilização de garantias penais e processuais penais, desmantelando a estrutura garantidora do direito penal e, por consequência, diminuindo os mecanismos de defesa dos direitos fundamentais.

Conforme demonstrado anteriormente o minimalismo é um movimento de grande amplitude, abarcando variadas concepções teóricas, que possuem, em comum, a identificação de alternativas eficazes ao encarceramento.

A concretização do programa de Direito Penal mínimo requer, além da defesa de hipóteses de descriminalização, a contenção dos movimentos ilegítimos de criminalização – legislações de emergência e descodificação do sistema penal – por intermédio de balizas específicas – embasamento na dignidade da pessoa humana e no arcabouço principiológico garantista do direito e do processo penal.

É imperativo o controle da diversificação (desinstitucionalização) penal, para que os aparatos discursivos – com base na defesa do Direito Penal mínimo – não sejam utilizados com vistas a burlar garantias, ou seja, representando um fácil acesso à repressão, no que as justificativas dos movimentos deslegitimadores perderiam seu fundamento.

⁵¹⁹ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil**. p. 108.

Com esope nos movimentos minimalistas ZAFFARONI⁵²⁰ adverte que:

A diminuição da intervenção penal através da descriminalização, da “diversion” e do princípio da oportunidade de ação penal são, obviamente, caminhos que possibilitam a diminuição da violência do sistema penal, desde que a renúncia à intervenção do sistema penal não constitua um recurso formal para retirar matéria da agência judicial e aumentar o poder das outras agências. (...) a tendência à intervenção penal mínima como tática de diminuição progressiva da intervenção penal só é admissível à medida que os conflitos sejam subtraídos da programação decisória pelo modelo punitivo para proporcionar-lhe outra solução – via um modelo diferente de solução de conflitos (reparador, conciliatório, etc.) – ou para deixá-lo à mercê de instâncias informais.

Os conceitos em cotejo podem ser assim sintetizados: *desinstitucionalização* – remover da alçada dos órgãos estatais a solução dos conflitos penais; *descriminalização* – retirar o caráter de ilícito penal (sentido estrito) do comportamento tipificado; *despenalização* – buscar medidas alternativas com o fim de evadir-se da pena de prisão; e, finalmente, a *diversificação* – infligir a órgãos de controle informal (não estatais) a (ádua) tarefa de solução de conflitos, sem, contudo, alterar o caráter ilícito do fato.

Partindo, portanto, da premissa da legitimidade da intervenção estatal penal limitada pelos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade – corolários do *Direito Penal mínimo* – a *desinstitucionalização* e a *diversificação* não serão objetos do presente estudo – misteres do abolicionismo penal – buscando-se a ênfase nos processos descriminalizadores e despenalizadores.

4.2 PROCESSOS DESCRIMINALIZADORES

Tendo-se em conta a insuficiência do sistema punitivo diante da multiplicidade de conflitos sociais e a crise da Justiça Penal – sentimento de impunidade, legislação inflacionária, sobrecarga de processos e morosidade da Justiça, bem como a desestruturação da polícia e da execução penal – fomenta-se na atualidade a necessidade dos processos de descriminalização.

⁵²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. p. 177.

A *descriminalização* abarca a redução e retirada (gradual) de determinadas condutas criminosas do âmbito de atuação das atividades do sistema de justiça penal. Os processos descriminalizantes – renúncia formal do sistema penal – propõem que o Estado se abstenha de intervir em específicas situações. A operacionalização desses movimentos cabe tanto ao Poder Legislativo – produção de instrumentos normativos descriminalizantes – quanto ao Poder Judiciário – implicação dos princípios fundamentais do Direito penal na decisão do caso concreto.

Não obstante, a descriminalização não designa tão somente a retirada do carácter penal (ilícito) de uma conduta, podendo, no mais das vezes, operar apenas uma transferência a outros ramos do Direito, mantendo-se o controle institucionalizado formal. É imperativo distinguirem-se os processos descriminalizadores para tangenciar suas limitações e implicações salutares.

4.2.1 Descriminalização Formal, Substitutiva e de Fato

Os processos de descriminalização manifestam-se por intermédio de algumas vias, originadas da prática social e jurídica.

Ocupa destaque, primeiramente, a descriminalização formal, *de jure*, em sentido estrito, que pugna a remoção⁵²¹ de determinada conduta – quer por ser socialmente irrelevante, lesivamente não grave ou por representar uma desvalorização apenas moral da conduta – levando o Estado há, nesses casos, abster-se de interferir, deixando a solução dos conflitos daí advindos aos interessados (autocomposição).

Justifica-se na dinamicidade da realidade social – análise tridimensional⁵²² do Direito – com esboço na evolução das normas segundo uma perspectiva dialética histórico-cultural de determinada comunidade.

⁵²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. p. 417. No que tange às *estratégias, vias* ou *áreas de descriminalização* os autores fazem a distinção entre a descriminalização *directa* – efetuada através da revogação da norma incriminadora ou *de modo mais sutil*, através de elementos integrantes da factualidade típica.

⁵²² LUISI, Luiz. **Princípios Constitucionais Penais**. p. 291. “Para Reale o delito é compreendido como uma estrutura normativa dotada de tridimensionalidade. Resulta de uma integração de fato e valores, segundo normas. O crime, pois, não é somente a materialidade do fato, como não é apenas

A descriminalização operacionaliza, dessa forma, um movimento de combate à profusão de leis, um fenômeno caracterizado pela intervenção estatal em setores variados do ordenamento jurídico.

O processo de *descriminalização formal* é o caminho do *direito penal mínimo*, especialmente no caso dos crimes de bagatela (furtos em loja, por exemplo), dos delitos punidos com detenção e dos delitos de ação penal privada, reduzindo a inútil flagelação penal da pobreza.

LOPES⁵²³, ao conceituar a descriminalização, atribui ao referido processo o seu sentido estrito, individualizando ainda mais a definição ao relacioná-la ao ato legislativo: “descriminalização é técnica de processo legislativo pautado por razões de política criminal de extinção de modelo de conduta pela superação, por qualquer meio, de sua estrutura típica, ilícita ou da culpabilidade”.

É imperiosa a lição de LUNA⁵²⁴:

a descriminalização parte do pressuposto de que a lei penal não deve cuidar de *delitos de bagatela*. (...) Razões várias existem para firmar o princípio de proteção penal somente para bens fundamentais. Duas, porém, devem ser ressaltadas: 1ª) as conseqüências da condenação criminal para o condenado; 2ª) o tormento problema do erro de direito.

A descriminalização formal, portanto, requer um ato legal, o qual poderá operar de forma *expressa* – declara a revogação da norma – ou *tácita* – pela aplicação do princípio da (in)compatibilidade ou quando a (nova) lei trate inteiramente a matéria tratada pela lei posterior.

Como a seleção de condutas penalmente relevantes é realizada segundo critérios mais que mutáveis, a descriminalização pode se dar, ainda, de forma *substitutiva, parcial* ou *setorial*⁵²⁵, ou seja, pela transferência de determinados ilícitos

a norma, mas o fato e a norma que adquirem conotações jurídicas em virtude de uma opção axiológica e de um ato prescritivo da autoridade.” Trata-se, neste ponto, do desvalor da ação imputado pelo legislador – sinal axiológico negativo – efetuado através das experiências sociais.

⁵²³ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da Lei 9.099/95 – juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 116.

⁵²⁴ LUNA, Everardo da. **Capítulos de Direito penal**. Parte Geral. p. 393. A respeito da primeira razão, o autor faz alusão à *estigmatização*, como principal consequência da condenação criminal. Em relação ao erro direito, esclarece que “tanto mais complexo se torna quanto mais numerosos são os fatos incriminados. Efetivamente, no que tange à proteção de ‘bens jurídicos fundamentais’, dificilmente o erro de direito oferece dificuldades”.

⁵²⁵ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil**. p. 117. Assevera o autor acerca do processo desempenhado pela descriminalização parcial ou setorial: “(2.1) transferência da infração penal para outro ramo do direito – v.g. direito administrativo sancionador –, mantendo-se sua ilicitude jurídica, porém não penal e/ou de (2.2) alteração dos critérios sancionatórios, como a modificação

para outras áreas do Direito – infrações administrativas, fiscais – e conseqüente penalização por sanções de outra natureza, para que se busque uma resposta alternativa mais apropriada.

Importa observar que, tanto na descriminalização *stricto sensu* quanto na que se denomina substitutiva, a conduta perde o caráter de ilicitude penal. Na primeira hipótese, a medida é mais extrema pois significa a completa eliminação da ilicitude do comportamento, ao passo que, no caso da substituição, conquanto deixe o comportamento de ser contrário ao direito penal, ele não se torna lícito nem desejável diante do ordenamento jurídico considerado em seu todo.⁵²⁶

O que diferencia a descriminalização *strictu sensu* da substitutiva é o juízo jurídico acerca da conduta determinada. A descriminalização formal retira inteiramente o caráter ilícito do comportamento, enquanto que a substitutiva remove tão somente a ilicitude penal, mantendo o desvalor da ação no âmbito de atuação de outros ramos do Direito.

Segundo LOPES⁵²⁷, nas hipóteses de descriminalização substitutiva há apenas uma diluição da utilidade social daquele bem jurídico, cabendo a

readaptação jurídica da norma, transferindo-a da esfera penal para outra de grau de ilicitude inferior. Chamamos esse processo de re-tipificação administrativa da norma pela freqüente constatação de que é no Direito Administrativo (embora não necessariamente) que a conduta encontraria respaldo punitivo adequado, conforme a eleição constitucional dos valores fundamentais da tutela jurídico-penal.

O processo de descriminalização substitutiva tem como corolário fundamental o princípio da subsidiariedade – direito penal como a *ultima ratio* da política social – o que no entender de ROXIN⁵²⁸:

significa que só se deve cominar penas a comportamentos socialmente lesivos se a eliminação do distúrbio social não puder ser obtida através de meios extrapenais menos gravosos. Tal caminho foi encetado pelo direito alemão, p. ex., ao se criarem infrações de contra-ordenação.

nos critérios da tipicidade, flexibilização das penas ou de sua execução, criação de regras diferenciadas de extinção de punibilidade entre outros (*reformatio legis im mellius*)”.

⁵²⁶ CORACINI, Celso Eduardo Faria. **Os movimentos de descriminalização**: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. p. 249.

⁵²⁷ LOPES, Maurício Ribeiro de. **Alternativas para o Direito penal e o princípio da intervenção mínima**. p. 409.

⁵²⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. p. 13.

Para se chegar ao entendimento a respeito do *direito de mera ordenação* é imperioso, em um primeiro momento, a análise da abordagem acerca da descriminalização efetuada por DIAS e ANDRADE⁵²⁹. Segundo os ensinamentos dos autores citados, distinguem-se:

três grupos de soluções alternativas ao sistema penal: soluções de *controle social*, de *tecno-prevenção* e de *(re)organização social*.” Dentre as soluções de controle social, os autores destacam o “o *direito de mera ordenação social* (o qual) constitui hoje um sistema repressivo distinto do direito penal e dele autonomizado, tanto no plano substantivo como processual.

Advogam-se as vantagens que a descriminalização – e conseqüente transmutação do ilícito ao direito de mera ordenação social – teria o condão de realizar. Em primeiro lugar, evitar-se-ia a estigmatização operada pela criminalização primária, além de, através da substituição da pena de prisão, fugir de seus efeitos nefastos. No que tange ao processo, advoga-se a sua maleabilidade, haja vista a transferência à Administração, o que contribuiria para a desmassificação da justiça criminal.⁵³⁰

DIAS⁵³¹, com esboço na passagem do Direito Penal Administrativo ao direito de mera ordenação social, realiza os esclarecimentos necessários no que tange às distinções promovidas pelo processo de descriminalização e o surgimento de novos “ramos” do ordenamento jurídico. Esclarece o autor que muitos ordenamentos jurídicos, a partir desses processos de descriminalização, passaram a distinguir, dentro do completo direito penal administrativo um chamado *direito penal secundário* caracterizado por manter em seu bojo condutas as quais ainda se devesse manter dentro do domínio penal – dado o seu caráter ético-social – ou, pelo contrário, consideradas ético-socialmente neutras e, portanto, constitutivas de um verdadeiro ilícito administrativo.

As *contra-ordenações* “conformaram o que passou a chamar o *direito* (administrativo, não penal!) *de mera ordenação social* e que substancialmente coincida com a velha categoria (essa sim, penal) das contravenções”.⁵³²

⁵²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. p. 421/422. As soluções de controle social podem variar quanto ao seu sentido e conteúdo, podendo ser *punitivas* (direito das *contra-ordenações*), *compensatórias* (sanções jurídico-cíveis) e *terapêuticas* e *conciliatórias*, as quais podem ou não assumir natureza jurídico-formal.

⁵³⁰ DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. Obra citada. p. 422.

⁵³¹ DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**.

⁵³² DIAS, J. F. Obra citada. p. 171.

Com espeque na descriminalização *substitutiva* poderia ser constituído um direito híbrido⁵³³ (contravencional) para regular a vida dos cidadãos em sociedade, nas hipóteses, em que pese a subsidiariedade penal, de manutenção da necessidade da intervenção estatal. Esse processo descriminalizador opera através da transferência do ramo do Direito em princípio encarregado daquele conflito social – penal – a outro ramo especializado – civil, administrativo – mantendo-se um controle formalizado.

Qualquer abordagem político-criminal que relacione a minimização da intervenção punitiva com medidas alternativas (extra-penais) tem o condão, no mais das vezes, de conduzir o intérprete a uma resposta abolicionista⁵³⁴.

O processo de descriminalização substitutiva altera o âmbito de regramento acerca de um comportamento sem, contudo, retirar a antijuridicidade daquela conduta, em que pese a manutenção do controle formal (civil, administrativo). A tutela penal, contudo, não prescinde das políticas de criminalização nas hipóteses de lesões graves a bens jurídicos fundamentais.

O abolicionismo, partindo dos erros fundamentais realizados pelo discurso convencional a respeito do *crime*, da *criminalização* e da *justiça criminal*⁵³⁵, propõe o retorno do conflito às mãos da vítima através imposição do privilégio a soluções alternativas à justiça criminal. Dessa forma, os conflitos devem ser resolvidos por intermédio de meios de conciliação⁵³⁶ – face a face entre os indivíduos envolvidos

⁵³³ OLIVEIRA, Edmundo. **Política criminal e alternativas à prisão**. p. 23. “A descriminalização opera-se quando o legislador subtrai uma determinada infração do mundo das normas penais (**descriminalização em sentido estrito**). Observe-se que algumas dessas infrações deixam de pertencer à estrutura político-penal, mas continuam a gravitar no universo do Direito (**descriminalização substitutiva**), como as infrações sujeitas a ‘**sanções de mero ordenamento social**’, as quais são aplicadas pelas autoridades administrativas com mobilidade de valoração que o Estado imprime para regular a vida dos cidadãos em comunidade, regulamentando certas situações que, mesmo sem o castigo penal, não devem ficar sem proteção ou disciplina”.

⁵³⁴ LOPES, Maurício Ribeiro de. **Alternativas para o Direito penal e o princípio da intervenção mínima**. p. 409. No tocante ao cancelamento de determinados tipos penais cuja utilidade social encontra-se esgotada, LOPES destaca que: “Trata-se, em proporções bastante diminutas, de praticar o *abolicionismo* penal pela deslegitimação da interferência punitiva no centro de determinadas relações humanas”.

⁵³⁵ HULSMAN, Louk. **Alternativas à Justiça Criminal**. p. 42/52.

⁵³⁶ COSTA, Sidney Alves. **Abolicionismo penal**. p. 349. Com espeque nas considerações abolicionistas acerca da expropriação de conflitos realizada pelo Estado e a necessidade de redescoberta da vítima do Direito Penal, o autor, balizado na inexpressividade do controle penal, preconiza que: “Um alternativa futura deve ser buscada em diferentes sistemas culturais, onde a mediação e o ressarcimento do dano, através da resolução direta de conflitos entre o criminoso e a vítima representam uma regra da qual a repressão e o encarceramento são procedimentos excepcionais”.

ou através da intervenção de terceiros, quando necessário – abandonando-se paulatinamente a intervenção penal.⁵³⁷

Finalmente, CERVINI⁵³⁸ destaca a *descriminalização* de fato – elimina a aplicação efetiva da pena sem retirar a ilicitude do fato. As causas dessa hipótese de descriminalização são variadas: a) sobrecarga do sistema penal; b) o desconhecimento dos autores acerca da ilicitude daquele fato determinado; c) “a não aplicação da lei incriminatória por força de renúncia da vítima⁵³⁹ à perseguição penal, (...) (d)) as cifras negras resultantes do *funneling effect* e da *criminal case mortality* ao longo do sistema formal de controlo”⁵⁴⁰; e) a descriminalização simbólica nas hipóteses em que haja interesse em neutralizar a criminalização; f) a exercida pela polícia, que constantemente procura compor situações onde, a rigor e formalmente, teríamos um delito⁵⁴¹ e, por fim, g) a discricionariedade do acusador público.

ZAFFARONI e PIERANGELI⁵⁴² esclarecem o seguinte:

A descriminalização é a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal. Isto é o que propõe o Comitê Europeu para a descriminalização em relação a vários delitos: cheques, furtos em fábricas pelos empregados, furtos em grandes lojas etc. a descriminalização pode ser “de fato”, quando o sistema penal deixa de agir, sem que formalmente tenha perdido competência para isto, o que entre nós ocorre, por exemplo, com o adultério. Em alguns casos, com a descriminalização, propõe-se que o Estado se abstenha de intervir, como nos países que têm derogado as cominações penais contra a conduta homossexual adulta, que haviam permanecido como um ranço em suas leis. Mas na maioria dos casos, o que se propõe é que o Estado intervenha apenas de modo não punitivo: sanções administrativas, civis, educação, acordo, etc.

Segundo a descriminalização *informal*, não se altera a competência formal do sistema penal, apenas enfatiza a não atuação estatal (por razões de

⁵³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. p. 401. A abolição do sistema penal implicaria na abolição dos conceitos acima referidos, citando Hulsman, os autores preconizam que: “Em vez de *crime*, *criminoso*, *autor*, *criminalidade* e *política criminal* deve falar-se de ‘atos lamentáveis’, ‘comportamento indesejáveis’, ‘pessoas directamente implicadas’, ‘situações- problemas’, etc”.

⁵³⁸ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 83/84. Segundo critério estabelecido por Anyar de Castro.

⁵³⁹ BATISTA, Nilo. **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984. p. 135. Refere-se à essa forma de descriminalização como *imprópria*, a qual é “exercida pelo cidadão que conhece um delito e seu autor, e não delata à autoridade policial. É essa uma atitude fora da hipótese em que o cidadão assim proceda por temor de uma represália”.

⁵⁴⁰ DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. Obra citada. p. 401.

⁵⁴¹ BATISTA, Nilo. **Temas de Direito Penal**. p. 135.

⁵⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. p. 340/341.

conveniência) quando em choque determinadas condutas e comportamentos tidos como aceitos pela maioria ou pelo grupo dominante.

Conclui-se que o controle social exercido pelo poder punitivo através da norma penal é de importância vital para a sociedade e para regular e assegurar a sobrevivência do meio social através da motivação ao seu cumprimento sob pena da sanção penal.

4.2.2 Descriminalização Legislativa

Deve-se enfatizar que o Direito Penal não representa o meio de controle social mais eficaz, tampouco o mais importante. Não há dúvida, entretanto, que seja o mais violento, haja vista o caráter privativo e aflitivo da sanção penal. Assim, fracassados os instrumentos de controle social informal, bem como o aparelho jurídico não penal (outros ramos do Direito), abre-se caminho à intervenção penal.

Disso resulta a natureza subsidiária do Direito Penal em relação às maneiras de controle social informal e em razão da intervenção dos outros ramos do Direito⁵⁴³.

A fragmentariedade e subsidiariedade do Direito penal, bem como a vinculação legislativa às necessidades sociais quando da eleição de normais penais fornecem o material necessário aos movimentos descriminalizantes, arma salutar contra a *expansão do Direito penal*.

A retirada do caráter criminoso de um fato – *descriminalização em sentido estrito* – ou a remoção da ilicitude penal, mantendo-se, contudo o atributo ilícito da ação – *descriminalização substitutiva* – podem ser concretizadas formalmente pela atividade legislativa.

A intervenção penal é informada pelo princípio da legalidade, que contém em si a exigência de garantir a segurança jurídica, com a publicidade e o prévio – *lex praevia* – conhecimento da população acerca dos delitos e das respectivas sanções.

⁵⁴³ Atualmente, é possível perceber uma preocupante e expressiva perda de capacidade de atuação das outras instâncias de controle social – família, sociedade, escola e os outros ramos do Direito, como o Civil e o Administrativo, as quais, haja vista a atuação em *ultima ratio* – função subsidiária – do Direito Penal, deveriam atuar antes dele, o que resulta na tendência moderna, conforme os ensinamentos de BUSATO e MONTES HUAPAYA, de que o Direito Penal ocupe a indesejável posição de “vanguarda como primeira ou única *ratio*”. BUSATO, Paulo César y MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. p. 103

Referido princípio revela a assunção liberal de garantia ao agir punitivo – limite à intervenção estatal – somente nos casos expressos nos tipos penais e as suas consequências previamente estabelecidas, já que elaboradas pelos representantes do povo.

A descriminalização pela via formal – legislativa – submete-se à garantia da legalidade, pois implica a revogação do ilícito⁵⁴⁴ por intermédio da retirada do âmbito do ordenamento jurídico proibitivo determinada conduta, ou seja, "a descriminalização opera-se quando o legislador subtrai uma determinada infração do mundo das normas penais".⁵⁴⁵

A revogação de determinada conduta por outra lei perfaz o fenómeno da *abolitio criminis*, descriminalizando direta ou imediatamente o ilícito penal. Trata-se, na verdade, do reconhecimento legal, na maior parte dos casos, precedido de um fenómeno social, "o legislador, ao perceber a inadequação da permanência do tipo penal no cenário jurídico em decorrência da mudança de comportamento e dos signos da cultura, retira sua previsão como delito".⁵⁴⁶

A descriminalização chancela, portanto, o desuso de uma norma que, seja pela dissociação entre o conteúdo de reprovação da sociedade e a opção legislativa, seja pela concordância da desnecessidade do Direito penal para tutelar aquele conflito, perde a legitimação penal.

Os efeitos do processo de descriminalização são os mais amplos possíveis, alcançando situações pretéritas – princípio da retroatividade da lei benéfica – e projetando-se às situações futuras – ultratividade.

4.2.3 Descriminalização Judicial

Em que pese o primado da legalidade penal, o operador do direito – sobretudo o juiz – não está impedido de atuar com espedaço na minimização da criminalização. Por intermédio da interpretação – sobretudo com fulcro no texto

⁵⁴⁴ Recentemente, através da Lei n. 11.106/05, o direito penal brasileiro foi alterado com o fito de modificar os delitos contra os costumes, abolindo-se tipos penais (artigos 217, 219, 220, 222 e 240).

⁵⁴⁵ OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativas à Prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 12.

⁵⁴⁶ CARVALHO, Salo de. **Política Criminal de Drogas no Brasil**. p. 117.

constitucional – o aplicador da norma passa a derrubar as barreiras do positivismo penal.

A teoria do garantismo penal rompe com essa ideologia juspositivista – positivismo dogmático: direito como norma – responsável pela construção de um *juiz máquina* – dogma da obrigação da aplicação avaliativa da lei – e, a partir da (re)construção⁵⁴⁷ dos conceitos de *vigência* e *validade* estabelece critérios de legitimação formal e substancial de dada uma norma.

A Constituição atua como um parâmetro de legitimação substancial, a partir da discricionariedade conferida ao operador da lei, permitindo-se os questionamentos acerca do juízo de validade determinados pelo texto constitucional: “consistem de fato em valores ou, de toda maneira, em termos privados de denotação (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa), (...) assim como a (verdade jurídica dos juízos de) validade das leis não é mais passível de certeza”.⁵⁴⁸

A sustentação dos dogmas do positivismo furta do intérprete a força normativa da Constituição, mantendo-o na aplicação mecânica das leis infraconstitucionais. Conseqüentemente,

obtem-se a manutenção de racionalidade legalista que provoca a dessubstancialização do direito, isto é, ao centrar sua análise na lei ordinária (fetichismo legalista), os aplicadores do direito mantêm eficazes normas isentas de conteúdo constitucional (inválidas materialmente)”. Objetivando efetivar o conteúdo constitucional das normas, cumpre-se que se confira “primazia aos valores e princípios”.⁵⁴⁹

A perspectiva garantista, com o escopo de evitar os excessos punitivos, defende a interpretação do sistema com esboço nos princípios penais consagrados pelo texto constitucional, como uma medida de contenção dos danos causados pelos processos de criminalização. Dessa feita, cabe ao magistrado efetivar – através da filtragem das normas penais – um controle de constitucionalidade difuso, operando a descriminalização judicial por ato interpretativo.

As mudanças sociais incidem muito mais rapidamente que as mudanças legislativas, ou seja, o legislador sempre está atrasado. Contudo, em que pese a desatualização da legislação em relação à sociedade, as garantias penais não

⁵⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. p. 804. “Um teoria garantista do direito – não somente penal – parte da distinção do vigor das normas, tanto de sua validade quanto de sua efetividade”.

⁵⁴⁸ FERRAJOLI, L. Obra citada. p. 809.

⁵⁴⁹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. p. 120/121.

podem ser vilipendiadas pela omissão legislativa, cabendo ao aplicador da lei descriminalizar aquelas condutas que perderam o desvalor social – socialmente desejadas – redefinindo a lei, adequando-a as suas novas exigências.

Embora o princípio da legalidade formal ou mera legalidade imponha a vinculação do delito à lei – visão positivista de que o tipo penal exerceria uma função de segurança jurídica: caráter retórico da legalidade – a legalidade material ou estrita define as regras materiais para flexibilizar referido princípio, por intermédio da interpretação material a qual atuaria via movimento descriminalizador.

CARVALHO⁵⁵⁰ relaciona as variadas hipóteses em que a descriminalização poderia ser efetivada pelo julgador, quando da aplicação da lei ao caso concreto, aproximando a prática dos operadores do direito ao programas de política criminal alternativa:

aplicação da analogia *in bonam partem*; da atipicidade material dos delitos de bagatela e das condutas socialmente adequadas (princípio da insignificância e da adequação social); o reconhecimento de causas supralegais de exclusão da ilicitude (consentimento do ofendido e direito de resistência); a possibilidade de alargamento das descriminantes; a reavaliação da matéria do erro de proibição no que tange ao potencial conhecimento da ilicitude em decorrência da inflação normativa; a assunção de causas supralegais de exclusão e/ou redução da culpabilidade derivadas dos princípios de co-culpabilidade e de vulnerabilidade; as redefinições de categorias como exigibilidade de comportamento diverso a partir do reconhecimento do pluralismo cultural; (...) etc.

O autor supra-citado⁵⁵¹ leciona que a descriminalização judicial, sob o ponto de vista da perspectiva garantista, passa a abarcar duas formas de realização: não aplicação de uma lei penal que, em que pese estar constitucionalmente válida, apresenta uma excludente material; ou pela diafonia da lei com os valores e princípios constitucionais – lei penal inválida – via controle difuso. No que tange aos seus efeitos, com exceção das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a decisão tem o condão de atingir apenas os interessados.

Fora do âmbito legislativo, a atividade judicial cumpre função descriminalizadora indireta ou mediata, intervindo de forma sistemática – opera a descriminalização com apoio nos princípios garantidores da liberdade individual

⁵⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. p. 131.

⁵⁵¹ CARVALHO, Salo de. Obra citada. p. 136/137. “Lembre-se, por fim, que o momento judicial da ação de descriminalização não se restringe ao final da trama, após a instrução, quando da sentença de mérito. No momento inaugural da cenografia processual, isto é, no ato de recebimento da denúncia, a avaliação da justa causa, do interesse de agir, da tipicidade aparente possibilita o primeiro filtro descriminalizador”.

intrínsecos ao próprio sistema jurídico – restringindo a aplicação da norma às hipóteses em que haja um choque com conjunto de garantias, podendo-se citar, como principal exemplo o *princípio da insignificância*.⁵⁵²

O princípio da insignificância⁵⁵³ não deve ser confundido com o primado da intervenção mínima. As tendências atuais em política criminal estão localizadas em lados antagônicos – de um lado o punitivismo penal e o discurso da lei e da ordem – e no extremo oposto, o abolicionismo penal. Não obstante, dentre essas correntes pode ser visualizada uma via intermediária – Direito Penal mínimo – ancorada na garantia da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima é uma garantia liberal, de cunho eminentemente iluminista que impõe à intervenção punitiva duas barreiras intransponíveis: a fragmentariedade – cujo critério delimitador é estabelecido pelo *bem jurídico* – e a subsidiariedade – condicionada pela incapacidade dos demais mecanismos de controle social. O primado da insignificância, por sua vez, nada mais é que um corolário da intervenção mínima.

A insignificância parte da divisão do tipo penal em tipo formal – subsunção do fato à descrição típica – e material – exige uma ofensa de alguma gravidade ao bem jurídico tutelado. BITTENCOURT e PRADO⁵⁵⁴ preconizam que:

condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal por que em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

MANÃS⁵⁵⁵, acerca da concepção material do tipo penal preconiza que este é “o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos”.

⁵⁵² Pelo princípio da insignificância o juiz criminal ao analisar uma conduta considera o fato atípico – exclui a tipicidade – de modo a limitar a análise subsequente dos demais elementos definidores do crime – antijuridicidade e culpabilidade – pois, caso contrário, não estaria, obedecendo à ordenação sistemática, o caráter seqüencial do sistema, a própria ordem estrutural do método analítico e do conceito, subvertendo, assim, todo o esforço garantístico da construção da teoria geral do delito.

⁵⁵³ O princípio da insignificância foi introduzido por Claus Roxin em 1964.

⁵⁵⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. **Princípios fundamentais do Direito Penal**. p. 87.

⁵⁵⁵ MANÃS, Carlos Vico. Princípio da Insignificância: exclusão da tipicidade ou da ilicitude? *In. Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 149.

Haja vista as considerações referidas, pode-se observar que a aplicação do princípio da insignificância se dá *pos factum* (em tese) punível, enquanto que a mensuração acerca da (des)necessidade penal (intervenção mínima) ocorre em momento anterior ao fato, no processo de criminalização, o qual, por fundar-se em uma previsão geral e abstrata, não tem o condão de prever todas as hipóteses de ausência de tipicidade material.

Por essas razões, enquanto que a intervenção mínima é uma barreira legislativa – “regra de determinação qualitativa abstrata para o processo de tipificação das condutas” – a aplicação concreta do princípio da insignificância como uma ferramenta hermenêutica – “regra de determinação quantitativa material ou intelectual do processo de interpretação da lei penal para a confirmação do preenchimento do integral do tipo” – assegura um linde à atuação judicial, operando, em casos específicos, através de processo de descriminalização.⁵⁵⁶

A descriminalização via judicial consiste na desqualificação de uma conduta como crime, por meio de um ato interpretativo judicial. Opera, dessa forma, a defesa do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, pela via da interpretação restritiva, com o mister de abolir as figuras típicas que não necessitam da proteção penal – porque ausente de tipicidade material (insignificância).

O fato típico, após o crivo do princípio da insignificância passa a ser irrelevante ao Direito Penal e, por isso, é descriminalizado, pois o magistrado, ao decidir, excluirá a tipicidade daquelas condutas que não se mostrarem efetivamente danosas, confiando o problema a outras formas de controle social, menos onerosas e mais adequadas.

QUEIROZ⁵⁵⁷, citando MANÃS, a respeito da descriminalização pela via judicial por intermédio do princípio da insignificância esclarece:

O princípio da insignificância constitui um instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem periclitir a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

⁵⁵⁶ LOPES, Maurício Antonio. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 78.

⁵⁵⁷ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p.125.

Quando em debate as tendências de descriminalização e despenalização, a abordagem do princípio da insignificância não foge da sua relação com a garantia da adequação social.

A teoria da adequação social – formulada por Welzel – surgiu como um princípio geral de interpretação e compreensão dos tipos penais. Quando da análise do fato típico, contudo, é impossível furtar-se de algumas observações acerca dos conceitos ou teorias da ação.

A superação da teoria causal ou naturalista da ação pelo finalismo de Welzel não se deu bruscamente (nem totalmente!) e é exatamente a confusão entre as referidas teorias que torna nebulosa a aplicação (e justificação) adequada da insignificância no direito penal.

Pois bem, para tornar a situação um pouco mais confusa, o conceito social de ação⁵⁵⁸ apresenta-se como “uma superação das insuficiências do conceito causal e do conceito final de ação para explicar satisfatoriamente todas as formas de comportamento relevantes para o Direito penal”.

Com base nas teorias da ação, pode-se concluir que, enquanto o princípio da insignificância atua sobre o desvalor do *resultado* – ausência de lesividade ao bem jurídico objeto de proteção – a garantia da adequação social está regulada sobre o desvalor da ação – ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo.⁵⁵⁹

Com espreque nas referidas digressões, em que pese a superação do causalismo pelo finalismo, a assunção do princípio da insignificância prescinde da finalidade, uma vez que, independente da motivação do sujeito, a não ocorrência de um resultado relevante, exclui, por si só, a tipicidade do fato. A adequação social, por sua vez, abarca as hipóteses de exclusão de condutas que se realizam dentro da esfera de normalidade social.

Os princípios da adequação social e insignificância são critérios gerais de hermenêutica que excluem a tipicidade material da conduta. O que os diferencia é o

⁵⁵⁸ PUIG, Mir. **Direito Penal**. Fundamentos e Teoria do Delito. p. 158. “Será ação todo ‘comportamento humano socialmente relevante’”.

⁵⁵⁹ LOPES, Maurício Antonio. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. p. 118. BITENCOURT, Cezar Roberto. & PRADO, Luiz Régis: **Princípios Fundamentais do Direito Penal**. p. 86. Sobre a teoria da adequação social elaborada por Welzel os autores preconizam que: “segundo esta teoria, todas as condutas que se consideram ‘socialmente adequadas’ não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade”.

fundamento da exclusão: ausência de *danosidade* (adequação) social e *lesividade* ao bem jurídico objeto de tutela (*insignificância*).

No que tange à exclusão da tipicidade pela aplicação do corolário da adequação social, JESCHECK⁵⁶⁰ adverte que “só se pode falar de exclusão da tipicidade de uma ação por razão de adequação social se falta o conteúdo ‘típico’ do injusto”.

Sobre o assunto, BITENCOURT e PRADO⁵⁶¹ asseveram que as conseqüências da adequação social não representam um porto seguro. Haveria uma discussão se afastaria a tipicidade ou eliminaria a antijuridicidade. Segundo os autores, o fundador do princípio teria cometido algumas contradições ao afirmar, primeiramente, a possibilidade de exclusão da tipicidade para, em depois defini-lo como uma causa de justificação e outra vez reafirmá-lo como excludente da tipicidade. Finalmente, Welzel acabou admitindo a adequação social como um princípio geral de interpretação.⁵⁶²

O processo descriminalizador, pelo exposto, tem o condão de ora retirar o caráter criminoso de determinado comportamento de forma *total* – exclui-se, por inteiro, o tipo penal – ou, interfere *parcialmente* no tipo – no que tange ao seu âmbito de atuação. Incumbe-se da descriminalização parcial o emprego, no caso concreto, dos princípios da adequação social e do *nullum crimen sine injuria*⁵⁶³ – não há crime sem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

Tendo em conta o conteúdo material do princípio da legalidade, os princípios da adequação social – o fato deixará de ser típico quando aceito socialmente – da insignificância – o direito penal não deve ocupar-se lesões insignificantes – da alteridade⁵⁶⁴ – prega a descriminalização quando não há lesão a nenhum bem

⁵⁶⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. p. 343.

⁵⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. & PRADO, Luiz Régis: **Princípios Fundamentais do Direito Penal**. p. 86.

⁵⁶² JESCHECK, H. Obra citada. p. 343.

⁵⁶³ Referido princípio faz integra os axiomas penais do sistema garantista de Luigi Ferrajoli. O autor elabora dez máximas que incorporam o postulado que um sistema penal deve satisfazer para a sua justificação. Essas máximas são enumeradas e, depois, formam-se teoremas derivados das referidas máximas, ou seja, as possíveis relações entre os axiomas. O princípio *nulla necessitas sine injuria* ou princípio da lesividade ou da ofensividade do evento impõe à lei penal o dever de prevenir os mais altos custos individuais representados pelos efeitos lesivos das ações reprováveis e somente eles podem justificar o custo das penas e das proibições. O princípio axiológico da separação entre direito e moral veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis, ou, inclusive, perigosos.

⁵⁶⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. p. 91. Sobre o princípio da alteridade adverte que: “À conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta *lesividade* que pode legitimar a intervenção penal.”

jurídico; e, finalmente o princípio da lesividade – não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta a bem jurídico; refletem a desnecessidade de criminalização de fatos que não sejam danosos – primado da *nullum crimen nulla poena sine injuria*.

Todos esses corolários atuam, portanto, pela via da descriminalização judicial. Um dos principais problemas para a sua aceitação e efetiva aplicação é a confusão entre os princípios acima referidos. Isto significa, na prática, a errônea relação entre o fundamento – princípio de direito penal mínimo – e o caso concreto ensejador de sua aplicação. PINHO⁵⁶⁵, sobre o tema, adverte que:

a interpretação condizente com os postulados do Direito Penal Mínimo – único possível num Estado Democrático de Direito – seria a invalidação da regra incriminadora, independentemente da quantidade de droga encontrada em poder do usuário, com base no princípio da ofensividade, corolário da secularização (...)” do Direito, o que proíbe a utilização da tutela penal como *instrumento de moralização*.

O mesmo raciocínio poder-se-ia aplicar aos delitos patrimoniais quando de pequena monta – bagatela – ou ainda quando não tenha havido a consumação ou o dano tenha sido reparado. Em todas as hipóteses não há, portanto, lesão efetiva ao bem jurídico tutelado.

A descriminalização, independentemente da via – judicial ou legislativa – representa verdadeira reação à atual *inflação legislativa*. YACOBUCCI⁵⁶⁶ ao discorrer sobre a crise do direito penal tradicional, alude à sua *expansão* acompanhada pela demanda social de uma maior segurança:

Como se explica então que ainda hoje possa se proclamar a crise do direito penal se a sociedade civil (alguns dos seus setores) e o poder político reclamam a utilização do instrumento punitivo diante dos novos conflitos e problemas? Na realidade, correto dizer que o Direito penal está em crise e, ao mesmo tempo, se expandiu, constituindo um meio de resposta normativa cada vez mais intenso e habitual.

A submissão do controle social via tutela penal às garantias constitucionais acima referidas instrumentalizam os Poderes Legislativo e Judiciário para, em cotejo com referidos primados fomentar os movimentos descriminalizadores, ainda que se esteja *remando contra a maré* expansionista penal – responsável pelo

⁵⁶⁵ PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. p. 94.

⁵⁶⁶ YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal Tradicional**. p. 28.

“esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da excessiva e descriteriosa de delitos”.⁵⁶⁷

4.3 OBSTÁCULOS À (DES)CRIMINALIZAÇÃO

As formas de exercício do controle social podem se apresentar de modo espontâneo, cabendo citar como exemplos a atuação da família, da escola, dos partidos políticos, da mídia, da religião, dentre outros. Não obstante, o domínio efetivo dos conflitos sociais não é satisfatoriamente efetivado pelos instrumentos ora referidos sendo salutar – para a garantia da paz e segurança social – o estabelecimento de instrumentos *formais* de controle social.

Assevera-se que, avaliando-se o contexto sócio-econômico – Estado Neoliberal⁵⁶⁸ – e histórico – Modernidade e Globalização – o modelo de Estado de Direito não escapa às balizas impostas pelo Mercado – pilares econômicos – as quais condicionarão a produção legislativa.

Neste contexto, influi necessariamente o ordenamento jurídico que, em um Estado Democrático de Direito, impõe-se por intermédio da atuação do poder estatal, a qual atua através da prescrição de normas jurídicas e imposição das sanções respectivas.

Dentre as instâncias formalizadas de controle social, o Direito Penal, inserido no Sistema Penal, representa a maneira mais aflitiva, coativa e violenta do exercício do poder estatal, haja vista referir-se aos desvios de conduta reputados mais graves.

Imbricado pela violência, o poder punitivo tem como primado fundamental a intervenção mínima, havendo que se reconhecer o valor da eleição efetuada pelo legislador na oportunidade da elaboração da norma penal – escolha dos bens

⁵⁶⁷ LUISI, Luiz. O princípio constitucional penal da intervenção mínima. **Ciência Penal. Coletânea de Estudos. Homenagem a Alcides Munhoz Neto**. Curitiba: JM Editora, 1999. p. 271.

⁵⁶⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 22. “No vácuo da crise principiológica do Estado, o discurso da globalização e de sua matriz economicista, o neoliberalismo, capitaneado por Friedrich Hayek e Minton Friedman se incumbiu de propor um câmbio epistemológico, abandonando a *relação causa-efeito* para configurar a *eficiência* (relação custo/benefício) como balizamento de atuação, doravante integrada na principiologia constitucional (art. 37, CR/88), (con)fundindo efetividade (fins) com *eficiência* (meios).”

jurídicos relevantes – pois somente assim poderá exercer sua função motivadora de maneira eficaz.

Deve haver, em verdade, uma associação entre normas penais emanadas pelo Poder Legislativo e as ordenações sociais derivadas das outras instâncias de controle social, sob pena de desrespeito à efetiva necessidade da tutela penal, seja por desvios de motivação (função simbólica e promocional) ou por completa dissociação com os anseios sociais, o que motivaria a desobediência da norma.

A tendência inflacionista do Direito penal atua através de duas frentes: pela superprodução de legislação de emergência – salutar para proteger interesses escusos – ou por intermédio do impedimento da descriminalização – vetor da minimização do Direito penal.

Os movimentos descriminalizantes, verdadeira barreira ao expansionismo penal, representam uma força contrária ao sistema, encontrando-se, como asseverou CERVINI⁵⁶⁹,

sistematicamente prejudicado por freios e contramarchas. Os agentes dessa oposição são os mais variados. “originam-se de fatores sociais, obstáculos de natureza legal e de política criminal, e que tendem a atrasar esse processo por múltiplas causas, coligando-se aos mais variados interesses.

Salienta BUSATO⁵⁷⁰ que: “Convém admitir, porque é absolutamente verdadeiro, que, em termos brasileiros, os processos de novas incriminações têm sido fartamente mais extensos e rápidos que os de descriminalização”.

Nesse diapasão, o controle social informal – destacadamente o poder midiático – vende (visão mercadológica dos problemas sociais) a imagem (criação de uma realidade) da maximização penal, alicerçada, basicamente na cultura do medo e no sentimento de (in)segurança.

“É inquestionável que no mundo há uma estrutura de poder que se vale de ideologias que em grande parte são ‘encobridoras’ ou de ‘ocultação’, ou francamente ‘criadoras’ da realidade”⁵⁷¹. O controle social institucionalizado – Direito – passa a

⁵⁶⁹ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 92.

⁵⁷⁰ BUSATO Paulo César. **O Papel do Ministério Público no Futuro do Direito Penal Brasileiro**. p. 120.

⁵⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 62.

atender aos afãs da massa, desvirtuando-se em seus deveres liberais – garantias – em prol de uma histeria legislativa maestrosamente arquitetada.

Com base na diferenciação promovida por CERVINI⁵⁷² os fatores que obstaculizam os processos descriminalizadores podem ser divididos em dois grandes grupos: obstáculos *sociais* e barreiras *de tipo legal e de política criminal*.

4.3.1 Fatores Sociais Responsáveis pela Expansão Penal

Pode-se apontar primeiramente que a expansão do Direito penal nada mais é do que um reflexo da política Neoliberal⁵⁷³. O Estado de Direito – dito Social – não atende satisfatoriamente às necessidades (básicas) da população. As dificuldades estatais no desempenho do papel protetor da sociedade implicam na privatização do Estado, haja vista a sua retirada – sobretudo no campo social – e encobrimento de suas lacunas pelo setor privado⁵⁷⁴.

Serviços antes eminentemente de caráter público passam a ser atendidos pelo setor privado – saúde, educação, transporte, emprego, segurança pública – mas a um alto custo, somente factível a uma pequena parcela da população.

O paradigma neoliberal, calcado na flexibilização de fronteiras e globalização de economias impõe regras ferrenhas ao Estado, reduzindo, progressivamente a sua atuação interna, sobretudo no que tange ao controle social.

Sobre as conseqüências (nefastas) da política neoliberal, KARAM⁵⁷⁵ aduz:

Dentro do vitorioso Estado mínimo da pregação neoliberal faz-se presente um simultâneo e incontestado Estado máximo, vigilante e onipresente, que se vale de ampliadas técnicas de investigação e de controle, propiciadas pelo desenvolvimento tecnológico, que manipula o medo e a insegurança, para criar novas e dar roupagem pós-moderna a antigas formas de intervenção e de restrições sobre a liberdade individual.

⁵⁷² CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 93-112.

⁵⁷³ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. p. 18. “O modelo neoliberal expõe sua faceta numa equação que implica: a) a supressão do Estado econômico; b) o enfraquecimento do Estado social; e c) o fortalecimento e glorificação do Estado penal”.

⁵⁷⁴ PACHECO, Alcides Marques Porto e outros. Ordem e globalização na sociedade da globalização e do consumo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 28. p. 171-172. “Diante deste quadro, o Estado passou a reduzir sua parcela de assistência social, assumindo uma visão economicista de suas funções, através da incorporação dos pressupostos neoliberais, passando tal desiderato para as entidades privadas”

⁵⁷⁵ KARAM, Maria Lúcia. **Pela abolição do sistema penal**. p. 71.

No mesmo sentido destaca BATISTA⁵⁷⁶:

O empreendimento neoliberal, capaz de destruir parques industriais nacionais inteiros, com conseqüentes taxas alarmantes de desemprego; capaz de 'flexibilizar' direitos trabalhistas, com a inevitável criação de subempregos; capaz de, tomando a insegurança econômica como princípio doutrinário, restringir aposentadoria e auxílios previdenciários; capaz de, em nome da competitividade, aniquilar procedimentos subsidiados sem considerar o custo social de seus escombros, o empreendimento neoliberal precisa de um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza.

Reflexamente, a sociedade passa a sofrer mutações, o individualismo altera as relações sociais, a meta é busca o bem-estar egocêntrico – individualismo – “religião da privacidade, na qual cada um escolhe seus princípios e formas de conduta adequadas, em uma verdadeira desagregação dos vínculos sociais, bem como o sentimento de perda de legitimidade das instituições”.⁵⁷⁷

Essa retirada do Estado causa, a curto e longo prazo, o aumento da miséria e acarreta como efeito o incremento da criminalidade, fomentador do medo público. Para buscar conter esses desvios sociais e (re)assegurar tranqüilidade à população o Estado – mínimo – ergue-se enquanto um Estado Penal máximo.

Na sociedade de consumo, o Direito penal passa a representar o instrumento idôneo ao tratamento dos não consumidores⁵⁷⁸ – delinqüentes – através de uma performance maniqueísta balizada nos expurgos sociais, pois, como assevera WACQUANT⁵⁷⁹, “a atrofia deliberada do Estado Social corresponde a hipertrofia distópica do Estado Penal”.

Desencadeia-se, dessa forma, o primeiro fator social – político – responsável pelo aumento da legislação criminalizadora. Ora, a partir dessa conjuntura, a legislação penal fornece o *remédio* para *todos os males* (sociais), desempenhando função meramente simbólica, como se pode notar em relação aos crimes contra a

⁵⁷⁶ BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 11. n. 42 jan./mar. 2003. p. 243.

⁵⁷⁷ PACHECO, Alcides Marques Porto e outros. **Ordem e globalização na sociedade da globalização e do consumo**. n. 28. p. 176.

⁵⁷⁸ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 21. “A fenomenologia na sociedade de massa está marcada pela globalização e o ritmo ditado pelo neoliberalismo. Como conseqüência, todo o mercado e também o direito estão voltados para o *homo oeconomicus* (e não para o *homo faber*). O indivíduo só interessa enquanto consumidor. Logo, cria-se o binômio consumidor-cidadão. Não há espaço para o diverso, para a tolerância e solidariedade”.

⁵⁷⁹ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. p. 80.

ordem tributária, as relações de consumo, o mercado de capitais, o meio ambiente “produzidos pela satisfação retórica da opinião pública”.⁵⁸⁰

Nessa conjuntura, a pressão da opinião pública exige um legislador ativo – legiferante – pressionado a eficientemente produzir novas previsões incriminadoras, balizada na alienada visão de que o uso expansivo do Direito Penal é a resposta adequada ao incremento da violência.

Pode-se concluir, portanto, que o modelo neoliberal penetra no Direito Penal e Processual Penal através do discurso de *lei e ordem* e sua política de endurecimento geral do sistema penal – intolerância – através do incremento dos fatos típicos e das penas e do atropelamento das garantias.⁵⁸¹

A estratégia da dilatação legislativa pugna a função eminentemente simbólica do Direito Penal. Atendidas a estas reivindicações, promove-se o recrudescimento do *ius puniendi*, através da multiplicação de incriminação – novos bens jurídicos recebem a denotação *penal* – além, é claro, da neocriminalização de condutas que já haviam sido abolidas do sistema ou, ainda, o aumento de penas e restrição de garantias relativas ao cumprimento da sanção.

Além de simbolicamente (re)legitimar a intervenção penal, a histeria legislativa desvirtua ainda mais a política criminal. Desempenhando um papel *promocional*, o legislador passa a criminalizar ações para satisfazer a grupos determinados ou com o fim de, simplesmente, conquistar o eleitorado. Estimula-se, dessa feita, a produção legislativa – criminalização – de comportamentos que não lesam bens jurídico-penais, mas que atendam a interesses específicos.

A política criminal para a ser entendida como estratégia de política social, aqueles que não se enquadram nos padrões estipulados pela nova ordem social merecem ser extirpados: “a prisionização responde a um apelo social por um processo de ‘higienização’ social, no qual os que não correspondem aos padrões da ordem devem ser extraídos fisicamente do convívio com os demais”⁵⁸².

⁵⁸⁰ SANTOS, Juez Cirino dos. **Direito penal**. Parte Geral. p. 12.

⁵⁸¹ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. p. 24. Neste sentido, aduz o autor que “Exemplo típico da contaminação pós-modernista e neoliberal é a própria Lei n. 9.099 (que institui o Juizado Especial Criminal), enquanto novo modelo de solução de conflitos (consenso). É a introdução da lógica da *plea negotiation*, transformando o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo. Daí nossa crítica em relação à justiça negociada e aos Juizados Especiais Criminais, verdadeiras expressões do movimento da lei e ordem, na medida em que contribuem para a banalização do Direito penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor”.

⁵⁸² PACHECO, Alcides Marques Porto e outros. **Ordem e globalização na sociedade da globalização e do consumo**. p. 180.

Nessa linha, SANTOS⁵⁸³ aduz:

A criminalidade *sistêmica* econômica e financeira de autores pertencentes aos grupos sociais hegemônicos não produz consequências penais: não gera processos de criminalização, ou os processos de criminalização não geram consequências penais; ao contrário, a criminalidade *individual* violenta ou fraudulenta de autores dos segmentos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho, produz consequências: gera processos de criminalização.

Dessa forma, como acentua BARATTA⁵⁸⁴, a justificativa político-criminal da intervenção punitiva com a missão de proteção de bens jurídicos funciona para encobrir o “fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses de classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a ela pertencentes”.

Cumpra-se que se faça a devida filtragem ideológica da defesa dos processos descriminalizantes. Maquinada pelos detentores do poder – por intermédio da alegação do Direito Penal mínimo – a descriminalização passa a ser defendida em relação aos ilícitos que atinjam diretamente essas classes dominantes. Mas não passa de retórica, aliando-se (novamente) ao discurso do Direito Penal máximo assim que o objetivo é alcançado e conforme haja (risco de) lesão aos bens de produção.

A expansão penal oculta a omissão estatal, simbolicamente atende aos anseios da opinião pública, além, é claro, de servir à manutenção da estrutura de poder – dominantes e dominados.

Dentre as causas estruturais do alargamento e recrudescimento da intervenção punitiva, primeiramente, pode-se mencionar o fato de os Poderes diretamente envolvidos na solução formalizada da criminalidade – Executivo e Legislativo – permanecerem credos ao sistema penal, imunizando-se, dessa forma, aos reais efeitos do controle penal – relação entre os custos e os benefícios produzidos – postergando o problema, sem indagar-se acerca das suas reais causas.

Não há no tocante à produção legiferante em matéria penal, qualquer imposição por parte do Estado em relação às consequências para o sistema penal

⁵⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte Geral. p.

⁵⁸⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito penal**. p. 165. O penalista italiano assevera para a ligação funcional entre os processos de criminalização e a existência da acumulação capitalista.

da criminalização de determinados comportamentos, ou seja, pode-se “criminalizar sem levar em conta o custo ou o preço que se paga”⁵⁸⁵.

No que tange à criminalização pela via legislativa, a burocratização do processo de produção das leis pode representar um entrave à descriminalização. O fato corriqueiramente sobrepõe-se à lei, havendo o legislador de *correr atrás* das mudanças sociais, através de uma evolução histórico-cultural.

Ocorre que, pela morosidade da produção legislativa, confia-se no atuar judicial como principal instrumento de atualização da norma – fonte jurisdicional de produção do Direito – olvidando-se que o Poder Judiciário ainda opera em conformidade com um positivismo dogmático e que o escopo descriminalizador é impedido pela barreira da legalidade (formal).

Não obstante, calcados na errônea concepção de que o recrudescimento⁵⁸⁶ penal efetivamente diminui a criminalidade – movimento de lei e ordem – a descriminalização é rechaçada. Obviamente, segundo essa lógica esquizofrênica de que expansão penal causa a redução da criminalidade, a diminuição da intervenção punitiva teria o efeito contrário – incremento do crime e da violência – acarretaria a desconfiança no sistema penal.

É inegável que, dentre as barreiras à descriminalização pode-se apontar, por fim, o *perigo de autodefesa* – vingança privada – afirmando que, haja vista a falência do Estado na tutela e defesa do cidadão, a vítima poderia optar por mecanismos de solução privada, paralelos à atuação estatal.

Esse argumento, na verdade, busca combater os movimentos abolicionistas – *radicais* – mas não tem cabimento quando visa condenar a descriminalização enquanto uma ferramenta do *minimalismo* penal – uso mínimo do Direito Penal haja vista a constatação de que representa um meio violento e ineficaz de contenção social – movimento de política-crime de garantia ao condenado.

Uma das principais justificações do Direito penal é, justamente, coibir a vingança privada, não exclusivamente em seu sentido primevo de vingança de sangue, mas justamente para evitar a formação de Tribunais particulares,

⁵⁸⁵ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 94.

⁵⁸⁶ MESTIERI, João. Leis Hediondas e Penas Radicais. In: BARBA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. (Org). **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 191. Refletindo a respeito da recente produção legislativa brasileira, a aplicação de prisões provisórias e os debates em prol do reestabelecimento da pena de morte, MESTIERI aduz que: “Pretende-se construir um direito penal órfão da história, ignorante dos princípios e conquistas já apropriados pela humanidade, em homenagem a um tratamento sintomático do crime.”

descompromissados com as garantias limitadoras do *ius puniendi* (estatal) e fomentadores de desigualdades sociais.

Essa campanha privada de retirada do Estado, contudo, não guarda relação com os movimentos descriminalizantes, funcionando como verdadeiro empecilho à sua concretização, pois, não raras vezes, associam a descriminalização ao descaso social no que tange ao asseguramento da segurança social.

Ademais, adverte CERVINI⁵⁸⁷ que:

como apontou o Comitê Europeu, a descriminalização não significa desinteressar-se da sorte da população, mas tratar sua situação de maneira diferente, substituindo o sistema penal que nem sempre é muito efetivo, por um leque diversificado de alternativas extrapenais.

“A faceta da globalização neoliberal se expressa de forma evidente pela maximização do direito penal e pena supressão das garantias processuais, ajustada e fomentada de acordo com a opinião pública”.⁵⁸⁸

4.3.2 Poder Midiático: Ideologia Repressiva

Quando focalizadas as influências *sociais* nos movimentos de criminalização e descriminalização, a mídia⁵⁸⁹ representa o estratagema de maior força e, por essa razão, é analisada separadamente.

É correto que deve haver uma congruência entre os fatos criminosos e a consciência da população acerca do ilícito, ou seja, a opinião pública é salutar nos dois processos: criminalização e descriminalização.

Não obstante, a formação do juízo social acerca de determinado assunto não está imune a influências das mais variadas, sobretudo nos tempos atuais em que, devido ao desenvolvimento tecnológico, as informações se desenvolvem a

⁵⁸⁷ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 106.

⁵⁸⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. p. 41.

⁵⁸⁹ HULSMAN, Louk. **Alternativas à Justiça Criminal**. “A imagem que as pessoas têm da justiça criminal, em boa parte, se baseia na apresentação de suas atividades, como estas são passadas pela mídia. Quando participam indiretamente da justiça criminal, ou avaliam o sistema como espectadores, as pessoas o fazem **com base em uma imagem produzida pela mídia**”.

velocidades ilimitadas, atingindo um número cada vez maior e, principalmente, eclético de pessoas, atuando, diretamente, na formação da opinião pública.

Na atual sociedade globalizada, é inegável o papel influenciador dos meios de comunicação, no tocante à percepção da realidade – simulacro⁵⁹⁰ e imagem codificada do mundo⁵⁹¹ – bem como, principalmente, no que tange à conformação da opinião pública. Ademais, a mídia ‘fala’ sobre todos os assuntos, transforma-os em *espetáculo*⁵⁹², abarcando um poder imensurável.

Bravando nos ouvidos de todos e recusando-se a ouvir, a mídia, cujo papel deveria ser de servir ao espectador como um espelho da realidade, acaba refletindo, na verdade, a opinião de poucos, proporcionando uma falsa imagem da realidade. “através da representação de um espectro simbólico e efêmero de um duplo mundo, na medida em que a (in)existência da ‘realidade’ está relacionada ao grau em que é comunicado, veiculado e transmitido, com velocidade”.⁵⁹³

KARAM⁵⁹⁴ observa que:

Nas sociedades atuais, a apreensão da realidade se faz, cada vez mais, através dos meios massivos: as experiências diretas da realidade cedem espaço e passam a ser experiências do espetáculo da realidade, que é passado pelos meios massivos de informação, da mesma forma que a própria comunicação entre as pessoas se refere muito mais às experiências apreendidas através do espetáculo que às experiências vividas.

Segundo SCHECAIRA⁵⁹⁵, “o que se convencionou chamar de ‘opinião pública’ é mais do que tudo opinião privada, que como tal não exprime qualquer competência política dos sujeitos no processo de formação da ‘vontade popular’”.

⁵⁹⁰ Simulacro: 1. Aparência, imitação. 2. Vã representação, aspecto exterior e enganador. 3. Visão sem realidade; espectro, fantasma. A mídia, além de falsear a realidade, produz outra realidade.

⁵⁹¹ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação de massa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo? Revista dos Tribunais Editora. n. 10. p. 136. “A mídia transmite uma imagem codificada do mundo. Tem a capacidade de alterar o conteúdo e significado da própria realidade. Os meios de comunicação fazem parte do processo de socialização do indivíduo, processo que, ainda que comece com mais intensidade na infância, é contínuo até a morte”.

⁵⁹² CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder**. Uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006. p. 14. “Para muitos, o maior malefício trazido à cultura pelos meios de comunicação de massa tem sido a banalização cultural e a redução da realidade à mera condição de espetáculo”. p. 17. Sobre o simulacro, a autora assevera que: “o espetáculo não se referia ao acontecimento e sim à encenação o acontecimento, ao seu **simulacro**”.

⁵⁹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. p. 5.

⁵⁹⁴ KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. p. 199.

⁵⁹⁵ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **A criminalidade e os meios de comunicação de massa**. p. 138. U-O autor utiliza uma informação publicada pelo Jornal *Folha de São Paulo* (1993) para demonstrar que “a mídia tem laços profundos de ligação com os poderes públicos. Os registros do Ministério das

O alcance estrondoso da violência⁵⁹⁶ e da criminalidade na sociedade atual deixa a impressão – midiaticamente trabalhada – de que o Direito penal é brando e complacente – com os bandidos – não restando aos cidadãos (de bem) outra alternativa senão clamar pela implementação das ações legislativas fomentadoras de uma maior intervenção penal.

Essa capacidade reprodutora atua diretamente no fenômeno da violência, por intermédio da manipulação, distorção e ocultamento de dados, divulgando-se, “assim, sem bases reais, a idéia de um aumento descontrolado da criminalidade convencional, fortalecendo a crença do crescimento do perigo e da ameaça e estimulando medos e inseguranças”. A propaganda (enganosa) praticada pela mídia “cria o fantasma da criminalidade, para, em seguida, ‘vender’ a idéia de intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como forma de se atingir a tão almejada segurança”, germinando a crença da solução via intervenção punitiva.⁵⁹⁷

O papel desempenhado pela mídia desvela uma estrutura de poder maquinada pelo aparato da propaganda do sistema penal, o qual, conforme leciona ZAFFARONI⁵⁹⁸: “revela o alto grau de empenho da civilização industrial (...) para preservar a ilusão e fabricar a realidade do sistema penal e a função-chave que este sistema cumpre na manutenção do poder planetário desta civilização industrial”.

A crença na solução penal denota o relevante papel ideológico exercido pelos meios de comunicação de massa, “através do grande espaço dispensado na divulgação de notícias relacionadas à criminalidade e ao seu respectivo combate – que, de preferência, deve ser o mais eficiente possível, bem ao gosto neoliberal”.⁵⁹⁹

A relação – neoliberalismo/mídia/direito penal máximo – sobretudo a lógica da *ação eficiente*, projeta-se no atuar midiático e, em contrapartida, no discurso penal. A mídia esboça, dessa forma, o etiquetamento do criminoso (não consumidor)

Comunicação apontam 73 deputados e ex-deputados (legislaturas de 87 a 93) como proprietários de 133 emissoras de rádio e televisão. Dezesesseis desses parlamentares são integrantes da Comissão de Ciência e Tecnologia e Comunicações – que aprova as concessões de canais propostas pelo Executivo”.

⁵⁹⁶ Sobre as Origens da Violência: BAUER, Guilherme G. Telles. Origens e Teorias sobre a Violência. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez. n. 27. p. 85-93.

⁵⁹⁷ KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. p. 201.

⁵⁹⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. p. 131.

⁵⁹⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. p. 7-8.

– “seu papel de protagonista da ‘seleção’ é inescandível” – e incremento do terror – “choque emocional produzido pelas imagens da TV”.⁶⁰⁰

O Direito Penal, através desse suporte, promove um “processo de etiquetamento e rotulação e (na) criação do *estereótipo criminoso*”⁶⁰¹ – “o sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com os estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa, (...) deixando de fora outros tipos de delinquentes”⁶⁰².

BATISTA⁶⁰³, no mesmo sentido, assevera que:

O compromisso da imprensa – cujos órgãos informativos se inscrevem, de regra, em grupos econômicos que exploram os bons negócios das telecomunicações – com o empreendimento neoliberal é a chave da compreensão dessa especial vinculação mídia/sistema penal, incondicionalmente legitimante. Tal legitimação implica a constante alavancagem de algumas crenças, e um silêncio sorridente sobre informações que as desmintam”.

Através da produção e estigmatização de sujeitos desviantes e da exploração da cultura do medo desvela-se o papel desempenhado pela violência simbólica, fruto da mídia – “não é o aumento da violência que incrementa a sensação de insegurança, mas sim o aumento da simbolização desta violência”⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. p. 24. “O choque emocional produzido pelas imagens da TV – sobretudo as de aflição, sofrimento e morte – não tem comparação com o sentimento que qualquer outro meio possa provocar. Suplanta, assim, a fotografia e os relatos, a ponto de que, quando não há imagens, cria-se. A ‘reconstituição’ das imagens não captas passa a ser fundamental para vender a emoção não apreendida no seu devido tempo. Exemplo típico são os programas sensacionalistas do estilo ‘Linha Direta’.”

⁶⁰¹ BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis ganhos fáceis**. Drogas e Juventude no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2003. p. 36. “O estereótipo do bandido vai se consumando na figura de um negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou poder e de nenhum sinal resignador ao desolador cenário de miséria e de fome que o circunda. A mídia, a opinião pública, destacam o seu cinismo, a sua afronta. São camelôs, flanelinhas, pivetes e estão por toda a parte, até em supostos arrastões na praia. Não merecem respeito ou trégua, são os sinais vivos, os instrumentos do medo e da vulnerabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados. Quem ousar incluí-los na categoria cidadã estará formando fileiras com o caos e a desordem, e será também temido e execrado. Existe alguma coisa de novo nesta configuração simbólica da crise urbana brasileira? Ou historicamente se reproduz todo o processo de formação de nossas cidades: concentração de descendentes de escravos e aviltador vem criando através dos tempos?”

⁶⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. p. 130. Delinquentes de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc

⁶⁰³ BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**.

⁶⁰⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Prevenção x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal**. p. 154. “A consequência disso é que a expectativa social, no mundo globalizado, em razão da insegurança a que todos estamos sujeitos por nossa exposição a riscos e perigos concretos e simbólicos, tende a produzir, principalmente em democracias, uma antecipação do Direito penal à tutela preventiva ao risco. Não se aguarda mais a verificação de um resultado

A *Cultura do medo* é explorada politicamente através de medidas legislativas de emergência meramente *simbólicas*: “o medo e a insegurança passam a situar-se nos pólos mais altos das demandas sociais e, conseqüentemente, políticas.”⁶⁰⁵ SILVEIRA FILHO⁶⁰⁶, avalia a violência simbólica como mecanismo de controle social: “substituto da violência física e da força bruta, sendo que estas últimas são exercidas somente no caso de falhar o controle da primeira. (...) Aqui se pode identificar uma importante função da mídia enquanto agência do sistema penal”.

Alimenta-se, dessa feita, a pregação totalitária do movimento de lei e ordem⁶⁰⁷ como reação ao crescimento das taxas de criminalidade. O Estado penal passa a agir por intermédio de duas frentes: a) condicionamento do “acesso à assistência social à adoção de certas normas de conduta (sexual, familiar, educativa, etc.) e ao cumprimento de obrigações burocráticas onerosas ou humilhantes”; e b) política em prol do encarceramento.⁶⁰⁸

A Tolerância Zero e a mídia são faces da mesma moeda. Quando um crime causa grande clamor social, não basta a legislação existente. É necessário criar leis mais rigorosas e severas a ponto de exigir que o delinqüente pague caro pelo crime que cometeu. Logo, a influência desse movimento criminal faz com que o poder legiferante edite leis de criminalização de condutas, incluindo tipos de perigo abstrato, normas penais em branco, dentre outras alquimias jurídico-penais, bem como leis de penalização em detrimento de leis de despenalização e descriminalização de condutas não lesivas a bens jurídicos.⁶⁰⁹

A Criminologia Crítica desvela o critério seletivo do processo de criminalização de condutas. Da exploração do medo e do sentimento de insegurança, abrem-se as portas para o movimento de expansão do poder punitivo: “visualiza-se o Direito Penal como o único instrumento eficaz de psicologia político-

concreto para a tipificação de uma conduta; os novos delitos, ao contrário, tratam os riscos e os perigos como objetos de proteção legal simbólica”.

⁶⁰⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Prevencionismo x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal**. p. 157.

⁶⁰⁶ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Neoliberalismo, mídia e movimento de lei e ordem: rumo ao Estado de Polícia. **Discurso Sediciosos**. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revam, 1996. p. 346.

⁶⁰⁷ Originado na década de 70, nos Estados Unidos, como uma resposta aos conflitos sociais originados nos guetos, em razão de disputas raciais, principalmente nas metrópoles americanas.

⁶⁰⁸ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. p. 28. “Após ter diminuído em 12 durante a década de 60, a população carcerária americana literalmente explodiu, passando de menos de 200 mil detentos em 1970 a cerca de 825 mil em 1991, ou seja, um crescimento nunca visto em uma sociedade democrática, de 314% em vinte anos”.

⁶⁰⁹ MATZENBACHER, Alexandre; TONET, Fernando. Política Criminal, América e Kafka. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 28, jan./mar. 2008. p. 165.

social, como mecanismo de socialização, de civilização, mas a consequência é sua incontida expansão, submetendo-o a cargas que não pode suportar”.⁶¹⁰

Na década de noventa, o avanço das campanhas de Lei e Ordem se intensificaram com a implementação da política de *tolerância zero*, conduzida pelo prefeito de Nova York⁶¹¹, RUDOLPH GIULIANI, ganhando ares de cientificidade, com a difusão da “teoria das janelas quebradas”.⁶¹²

No Brasil, conforme destaca REALE JR.⁶¹³ estas políticas são identificadas no início da República, logo após o desmonte da escravidão, no momento em que “os negros e mulatos, vivendo em situação de subemprego, nas margens das cidades ou nos cortiços centrais, vieram a ser os clientes preferenciais da polícia, detidos por infração contravencional, mormente vadiagem, embriaguez, desordem”.

A *broken windows theory* parte do raciocínio simplista de que, vista do lado de fora, uma residência com as janelas quebradas, além de causar a má impressão de desleixo, levaria os passantes a quebrar o restante das janelas. Em cotejo com o discurso penal, passa a fundamentar a criminalização de pequenos delitos – inicial quebra da janela – para combater e evitar a grande e violenta criminalidade.

Esse *empirismo de falsas premissas*⁶¹⁴ no plano da *praxis* não atingiu o seu intento, não havendo relação causal entre a teoria e a redução da criminalidade, o: “espantoso aumento do número de encarcerados não correspondeu a nenhuma alteração relevante na incidência criminal, estabilizada nos anos noventa graças ao pleno emprego e a uma redução demográfica da população jovem”.⁶¹⁵

Trata-se, na verdade, de uma desculpa discursiva para a segregação social e promoção da catalogação de sujeitos, implementando a *indústria carcerária*⁶¹⁶.

Tome-se como exemplo da institucionalização no Direito penal brasileiro do discurso de *lei e ordem* a edição da Lei dos Crimes Hediondos⁶¹⁷ – o autor de um

⁶¹⁰ CALLEGARI, André Luís. **Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social**. p. 3.

⁶¹¹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Neoliberalismo, mídia e movimento de lei e ordem: rumo ao Estado de Polícia**. p. 346. “Os ventos punitivos que sopram dos Estados Unidos são muito bem-vindos a quem mantém toda essa estrutura de poder, passando a estabelecer as bases da política criminal brasileira”.

⁶¹² MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**. p. 33. Sobre o assunto, consultar: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; CARVALHO, Edward. “**Teoria das janelas quebradas: E se a pedra vem de dentro?**”.

⁶¹³ REALE JR., Miguel. “Insegurança e tolerância zero”. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: ITEC/PUC-RS, n. 09. 2003. p. 67.

⁶¹⁴ COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; CARVALHO, Edward. **Teoria das janelas quebradas: E se a pedra vem de dentro?**. p. 25.

⁶¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo *et. al.* **Direito penal brasileiro**. p. 632.

⁶¹⁶ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. p. 33.

delito hediondo aproximar-se-á do direito penal do inimigo, pois lhe é negado o modelo ideal de garantias penais e processuais penais⁶¹⁸.

Opera-se, portanto, a contra-marcha da descriminalização⁶¹⁹.

LOPES JR⁶²⁰ observa que:

o Brasil já foi contaminado por esse modelo repressivista há mais de 10 anos, quando a famigerada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8072/90), seguida de outras na mesma linha, marcou a entrada do sistema penal brasileiro na era da escuridão, na ideologia do repressivismo saneador. A idéia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora.

Nesse contexto, CHIES⁶²¹ exemplifica:

encontrar-se-ão movimentos ecológicos, feministas, de defesa de minorias raciais e da diversidade de orientações sexuais, de tutela de menores, etc., que restam por requerer a criminalização rigorosa das discriminações, do assédio sexual – recentemente incluído no Código Penal brasileiro – das mais tênues violações ecológicas, etc.

O ilusionismo do imperativo penal opera simbolicamente enquanto meio tradutor das (in)seguranças sociais. Pugna-se a exasperação do poder punitivo

⁶¹⁷ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. p. 323. Sobre a inconstitucionalidade da lei dos crimes hediondos: “O texto constitucional obrigava o legislador a, escolhendo alguns critérios discursivamente legitimados (bem jurídico ofendido, meios e modos de execução, graduação do dolo, variáveis vitimológicas, etc.) estabelecer previamente requisitos cuja presença nos casos concretos – sugerindo alguma análise com os demais delitos selecionados pelo constituinte – implicassem nas restrições impostas pela Constituição. Ao invés disso, o legislador abriu o código penal e, perpassando-lhe as páginas eleger alguns delitos – os quais outros se acrescentaram, à flor das vagas do noticiário (o homicídio de uma atriz da TV Globo produz a Lei nº 8.930, de 06.set.94), ou de campanhas políticas (um ministro da saúde com aspirações presidenciais produz as leis nº 9.677, de 02.jul.98, e 9.695, de 20.ago.98) – para considerá-los ‘hediondos’ e pois submetê-los ao regime especial e mais severo. Aí está a questão, no caráter arbitrário dessa legislação, que contrariou o preceito constitucional: o constituinte pediu que aquelas restrições fossem impostas a ilícitos “definidos como crime hediondos”, e o legislador, ao invés de empreender a tarefa definidora, apresentou um cardápio; a Constituição pediu-lhe uma definição, ou seja, uma declaração da essência-significado dos “crimes hediondos” e ele respondeu com uma seleção arbitrária, é dizer, uma rotulação sem método e critério”.

⁶¹⁸ CALLEGARI, André Luís. **Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social**. p. 8.

⁶¹⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. p. 280. “Movimentos orientados historicamente por valores como tolerância, em atuações direcionadas ao respeito à diversidade, ‘descobrem’, a partir da década de 80, o sistema penal. Esses movimentos sociais, que anteriormente reivindicavam a descriminalização de condutas que consideravam injustificada a intromissão do Estado, passam a exigir uma incisiva aplicação do direito penal ao que consideram os ‘verdadeiros crimes’”.

⁶²⁰ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da instrumentalidade garantista**, p. 15.

⁶²¹ CHIES, Luiz Antonio Bogo. **É possível ter-se o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?** p. 151.

admitido como acalentador do terror (criado pela mídia), em evidente violação da dignidade da pessoa humana, abrindo-se as portas ao *terrorismo penal*, marcado por um Estado de Polícia e pela reprodução do Direito Penal simbólico, derivação da recente construção do denominado *direito penal do inimigo*.⁶²²

Displicentemente, achocalham-se com as garantias – proibição de progressão de regime dos crimes hediondos, por exemplo – incrementam-se as hipóteses de criminalização – inflação legislativa – sem, contudo, avalizar as mínimas condições para a factibilidade dessas mudanças.

Despreocupada com qualquer reforma na estrutura prisional – sobretudo a brasileira – a tendência à hipercriminalização – *incarceration mania!* – fomenta o caos, abarrotam-se os presídios alimentando o círculo vicioso da criminalidade.

“O resultado é, no entanto, pífio. A curto prazo, não provoca nenhuma consequência de relevo. A maior contundência do sistema penal implantado não produz o efeito pretendido e não reestabelece o sentimento de segurança (...)”.⁶²³

A faceta expansiva e recrudescida da intervenção punitiva parte da premissa de “que a repressão total vai sanar o problema (a qual) é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência”.⁶²⁴

O poder midiático é uma das principais causas da histeria legislativa, verdadeiro entrave à criminalização. No Estado da *lei* e da *ordem*, a descriminalização não é bem vinda, assim como toda e qualquer flexibilização penal.

⁶²² Proliferam-se, dessa feita, discursos autoritários, apoiados na Defesa Social e no Estado de Polícia como se pode citar o a visão sistêmica e funcionalista do Direito penal do inimigo, de Günther Jakobs. Segundo Thiago Fabres de Carvalho, o Direito penal do inimigo: “não representa nenhuma grande novidade no âmbito da teoria penal, nem muito menos o ponto mais obscuro de sua proposta teórica. Sintetiza apenas uma noção também largamente aceita por perspectivas mais progressistas, mais liberais e até mesmo inspiradoras de posturas críticas de que a pena cumpre na sociedade a importante missão de reforçar a confiança nas instituições, na rede simbólica instituída, fazer ‘recordar a lei’. (...) No cenário brasileiro, embora facilmente visível a disseminação deste paradigma, ante a criação de inimigos internos, nomeadamente na figura do traficante e na categoria bem mais porosa do crime organizado, sugere-se aqui a hipótese de que o paradigma brasileiro não caminha no sentido de gradativamente afirmar um modelo de exceção no interior do Estado de Direito, operando-se a distinção, ainda que falaciosa, fornecida por Jakobs entre “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo”, mas de apenas e tão-somente aprofundar um modelo caótico e autoritário de exceção permanente sem nem mesmo ter percorrido a etapa de construção de um modelo de garantias”. CARVALHO, Thiago Fabres de. **O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada**: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. p. 88 e 92.

⁶²³ FRANCO, Alberto Silva. **Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção**. p. 183.

⁶²⁴ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: Fundamentos da instrumentalidade garantista, p. 15.

4.3.3 Fatores de Tipo Penal e de Política Criminal

Deve haver, em verdade, uma associação entre normas penais emanadas pelo Poder Legislativo e as ordenações sociais derivadas das outras instâncias de controle social, sob pena de desrespeito à efetiva necessidade da tutela penal, seja por desvios de motivação (função simbólica e promocional) ou por completa dissociação com os anseios sociais, o que motivaria a desobediência da norma.

É perceptível, ainda, no contexto atual, a influência cada vez maior da tecnologia da informação – poder midiático – como modo de controle social informal, sobretudo tendo em conta a facilidade com que – graças à inclusão tecnológica – a mídia favorece a manipulação da opinião das massas, segundo os interesses dos grupos dominantes.

ZAFFARONI e PIERANGELI⁶²⁵ observam que o âmbito do controle social é amplíssimo, “os meios de comunicação social de massa induzem padrões de conduta sem que a população em geral, perceba isso como ‘controle social’, e sim como formas de recreação”.

Forma-se um campo minado, de um lado se pugna a interação entre a norma penal e a necessidade social, por outro lado, a manipulação de informações pode criar uma realidade que não existe, mas que, quando em descompasso com as normas do sistema, controla socialmente a produção legislativa.

No que tange à política criminal, seu imbricamento com a complexa sociedade de risco direciona à produção legislativa e ao recrudescimento do direito penal e do processo penal – sobretudo pela flexibilização de garantias – implicando na criação de novos tipos penais e no incremento das sanções.

Nesse ínterim, a tarefa do abandono gradual do poder repressivo e da busca de mecanismos efetivos dentro dos diversos segmentos sociais, através da descriminalização e da despenalização é cada vez mais árdua, haja vista os fatores anteriormente mencionados. A descriminalização, enquanto política criminal é, portanto, objeto das mais variadas críticas.

⁶²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. p. 61. “Qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência, ainda que também possa ser instrumentalizada muito além do que corresponde a sua essência. O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística, da investigação científica etc”. (grifo nosso)

O único critério político-criminal passa a ser, portanto, o incremento da criminalização. LUISI⁶²⁶ destaca que, apesar da unanimidade doutrinária no que tange à defesa da descriminalização, “a verdade é que, de uma maneira geral, o surgimento de uma avalanche de novos delitos, tem acusado um assustador processo de criminalização”.

É possível defender a descriminalização e, da mesma forma evitar a maximização do Direito penal através do desenvolvimento da própria política criminal. A eficácia⁶²⁷ da intervenção penal somente será alcançada através de uma racionalidade, que imponha seu uso subsidiário em contraposição ao uso injustificado da força.

A descriminalização atua, enquanto política criminal, ao promover a efetivação dos “instrumentos já existentes e a desenvolver outros mecanismos de ordem social, que garantam eficácia na realização da tutela de direitos fundamentais, o que figura como uma obrigação do Estado”.⁶²⁸

Discute-se ainda, que os movimentos descriminalizantes teriam o condão de através da opção por medidas alternativas, violar as garantias fundamentais e os Direitos humanos.

Na verdade, o Direito penal representa, de fato, o meio mais brutal e violento de intervenção na liberdade individual do cidadão. A transferência de determinados conflitos a outras formas de controle social (família, religião, demais ramos do Direito) não teria, em tese, qualquer possibilidade de violação dos Direitos Humanos, haja vista que limitam o Direito penal a uma atuação subsidiária.⁶²⁹

⁶²⁶ LUISI, Luiz. **O princípio constitucional penal da intervenção mínima**. p. 276. “Esta crescente hipertrofia do direito penal tem dado margem a que se fale em crise do princípio da intervenção mínima”.

⁶²⁷ Não confundida aqui com *eficiência*. A eficácia preza o uso subsidiário do Direito penal enquanto garantia da coesão e sobrevivência do corpo social, através da proteção de bens fundamentais ao convívio social.

⁶²⁸ FLACH, Michael Schneider. As políticas criminais e sociais no estado moderno como alternativas ao recrudescimento do direito e do processo penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 28, jan./mar. 2008. p. 198.

⁶²⁹ Nesse diapasão, pode-se citar a descriminalização/despenalização promovida pela Lei n. 11.343/06, da conduta do usuário de drogas – art. 28 – que porta a substância entorpecente unicamente para seu deleite. A licitude do comportamento do usuário, segundo Vera Malaguti Batista “deixam ainda mais expostos à demonização e criminalização as principais vítimas dos efeitos perversos da exclusão globalizada: a juventude pobre de nossas cidades recrutada pelo mercado ilegal e pela falta de oportunidades imposta pelo atual modelo econômico a que estamos submetidos”. MALAGUTI BATISTA, Vera. **O tribunal de drogas e o tigre de papel**. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 04, 2001. p. 112.

Na verdade, a tendência à criminalização é um fato, que, nas lições de BUSATO⁶³⁰, “sem dúvida merece ser atacado, é um fenômeno à parte, ligado com o que foi muito bem identificado por Zaffaroni como ‘injusto jus-humanista’”.

ZAFFARONI⁶³¹ assevera que se deve buscar do saber penal um instrumento de “integração e não marginalização, (...) um saber comprometido com os direitos humanos e, portanto, um saber não asséptico, mas ideologicamente vinculado ao aumento do espaço social de todos os participantes da sociedade”.

Essa aspiração do Direito penal poderá ser tolhida, dessa feita, por ambos os movimentos – criminalização e descriminalização – quando levados a promover a marginalização de um determinado setor da sociedade.

Ainda que fundamentada na evolução social e na alternância valorativa no que tange aos interesses jurídico-penais, a descriminalização possui um parâmetro específico para a sua concretização (e, conseqüente obervância dos Direitos Humanos) – “não é possível amparar-se nela para justificar que o Direito penal não deva seguir atuando nos campos cujas agressões sejam consideradas as mais importantes desde um ponto de vista da proteção dos bens jurídicos essenciais”.⁶³²

Não obstante, caso a descriminalização substitutiva promova a sanção por outra esfera do Direito – sistema administrativo ou de direito civil – requer-se extremo cuidado para que referido movimento não sirva unicamente de ferramenta com o fito de, burlando o Direito penal, transgredir as garantias que lhe são inerentes em prol de uma eficiência da punição.

Esse Direito híbrido – Direito Administrativo sancionador – criado para realizar, no dizer de RADBRUCH⁶³³ “alguma coisa de melhor que o direito penal, e simultaneamente de mais inteligente e mais humano do que ele”, pode vir a representar uma violação – via descriminalização – das liberdades fundamentais, haja vista, sobretudo, a ausência de garantias na intervenção administrativa.

Um contra-argumento ao movimento descriminalizante seria sua repercussão internacional. Assevera-se que referido processo teria o condão,

⁶³⁰ BUSATO Paulo César. **O Papel do Ministério Público no Futuro do Direito Penal Brasileiro**. p. 120.

⁶³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. p. 81. Segundo o autor é necessário o reconhecimento de “uma crítica permanente em confrontação com a realidade e a capacidade do direito penal para realizar os Direitos Humanos”.

⁶³² BUSATO, Paulo César. **O Papel do Ministério Público no Futuro do Direito Penal Brasileiro**. p. 120.

⁶³³ BUSATO, P. C. Obra citada. p. 120.

principalmente quando em questão o crime organizado, de fornecer verdadeiros *paraísos penais*, aumentando consideravelmente a criminalidade nesses países.

CERVINI⁶³⁴ destaca que referida objeção é facilmente contornável através de “consultas e convenções internacionais, que tendem a evitar situações nas quais uma política de descriminalização permita (...) (a obtenção de) vantagens comparativas que estejam fora dos objetivos de tal descriminalização”.

Outra objeção à descriminalização seria a dificuldade do legislador em determinar os contornos do comportamento descriminalizado. Não obstante, essa oposição não se refere efetivamente a um problema do processo descriminalizador e sim alude a uma dificuldade de técnica legislativa, unicamente.⁶³⁵

Conforme notícia LUISI⁶³⁶, na Itália foram estabelecidos critérios que devem orientar o legislador na elaboração de tipos penais:

Trata-se de instrumentos de disciplina e orientação para o legislador penal, tendentes a uma adequada eleição entre delitos e contravenções e para a criação de um tipo penal, sendo os principais: a) a proporção, no sentido de que o fato que se pretende criminalizar atinja a valores fundamentais e básicos do convívio social, e que a ofensa a esses bens jurídicos seja de efetiva e real gravidade; e b) a necessidade, ou seja, indispensável que não haja outro meio no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal. Idéia semelhante os alemães extraem do critério “merecimento da pena”, ou seja, para haver a criminalização, necessário que o fato seja merecedor de uma pena, o que se mede pela relevância do bem agredido e pela gravidade da ofensa, que legitima o uso da sanção penal por parte do Estado.

Enfim, o último argumento contrário à descriminalização seria seu efeito no tocante à função preventiva geral da pena pois enfraqueceria o sentimento social de apego e respeito ao sistema penal.

Cumprasse, em primeiro lugar, que a função da pena em cotejo não é aceita pacificamente pela doutrina e que, não raras vezes, questiona-se o papel preventivo do Direito penal.

Destaque-se que, a descriminalização nasce no seio social, não cabendo se falar em prevenção de uma conduta aceita normalmente pela consciência social. Ademais, o sentimento de justo e necessário à segurança da sociedade, possui um conteúdo variável, dependendo, no mais das vezes, de fatores culturais, e econômicos, o que dificultaria a factibilidade da prevenção geral.

⁶³⁴ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 108.

⁶³⁵ CERVINI, R. Obra citada. p. 108.

⁶³⁶ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. p. 31.

Ademais, o caráter *indesejável* de um comportamento tipificado não assegura a observância da norma, como ocorre com a *cifra negra da criminalidade*, o que em nada alteraria a descriminalização. A transferência do controle social penal institucionalizado a outras formas de controle social – formalizados ou não – não significa que referidas condutas não serão prevenidas.

Afirma-se, ainda, a possibilidade de efeitos negativos diretamente atrelados à descriminalização de uma conduta, os quais acarretariam riscos de difusão em áreas subjacentes. CERVINI⁶³⁷ objeta que, na verdade, os eventuais riscos terão de ser assumidos, haja vista que a temeriedade de diminuição do caráter preventivo do delito pela generalização aos tipos variados “difere de um tipo de delito e de descriminalização a outro; e em segundo lugar, que na maioria dos casos é pequeno o conhecimento que existe sobre a existência e possível alcance de tal risco”.

4.4 PROPOSTAS DE (DES)CRIMINALIZAÇÃO

Desveladas as reais funções do sistema e da sanção penal, bem como desmistificada a ideologia ressocializadora, “a idéia que se coloca, então, é a idéia de *salvar* da solução penal tudo aquilo que for possível”.⁶³⁸

HULSMAN⁶³⁹ para esclarecer as perspectivas sobre o sistema penal aduz: “As pesquisas realizadas pelas ciências penais sobre o funcionamento do sistema penal mostraram que existe uma diferença entre, de um lado, os objetivos que são atribuídos a este sistema (...) e, de outro, a realidade social deste funcionamento”.

O próprio sistema penal, da forma em que atua e encontra-se estruturado, é uma das causas da desigualdade social. As conseqüências negativas que a intervenção punitiva promove não podem ser avaliadas erroneamente como efeitos que atuam somente no delinqüente, toda a sociedade acaba sofrendo com o aumento gradativo da criminalidade, alimentado pelo sistema, por mais contraditório que se pareça à primeira vista.

⁶³⁷ CERVINI, Raul. **Os processos de descriminalização**. p. 109.

⁶³⁸ BATISTA, Nilo. **Temas de Direito Penal**. p. 34.

⁶³⁹ HULSMAN, Louk H. C. **Descriminalização**. p. 10.

A descriminalização, portanto, apresenta-se como uma das vias de solução dessa problemática. As propostas de descriminalização devem estar relacionadas, primeiramente, aos limites impostos aos processos de criminalização, os quais, quando violados, podem ser reavaliados com os movimentos descriminalizantes.

Cumprir observar, primeiramente, haja vista a secularização do Direito penal, o imperativo de não criminalizar determinada conduta tão somente por seu aspecto moral, ou seja, descriminaliza-se quando o desejo do legislador ao tipificar determinado fato cinge-se à imposição de um comportamento moral.

A descriminalização deverá atingir os tipos penais de autor, porque implicam na violação do princípio da culpabilidade. Da mesma forma, por vilipendiar a garantia da lesividade ou ofensividade da ação uma importante tarefa seria a descriminalização dos delitos sem vítimas (crimes de perigo).

Por fim, cabe ressaltar, que nas hipóteses em que o bem tutelado possa ser efetivamente protegido por outros ramos do Direito, como o Civil e o Administrativo, a descriminalização é imperativa haja vista o princípio da intervenção mínima.

Não obstante, as propostas de descriminalização são costumeiramente acompanhadas da ampliação das hipóteses de criminalização, ou seja, a política criminal, ao longo da história penal⁶⁴⁰, foi e continua sendo perpassada pela permanente tensão entre esses movimentos contrários, ou seja, à perda de espaço em razão da descriminalização a criminalização responde através da eleição de novos delitos.

SABARDELOTTO⁶⁴¹ advoga a retomada do poder punitivo em setores específicos:

afigura-se indiscutível a necessidade de relativamente à macrocriminalidade, à criminalidade do *colarinho branco*, enfim àquela fatia da delinquência que, efetivamente, é lesiva e impede à implementação dos princípios e direito sociais, bem como dos objetivos da República, configurados na Constituição.

⁶⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. p. 434. “Como já ficou antecipado, a história do direito penal é também a história de constantes e sucessivos movimentos de neocriminalização. Mesmo um período como o do racionalismo-iluminismo, tão celebrado pelo seu empenho descriminalizador, não deixou de conhecer o reflexo de um movimento de neocriminalização, alargando significativamente a área global da criminalidade”.

⁶⁴¹ SBARDELOTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. p. 207.

Em sentido oposto, CARVALHO⁶⁴² afirma que a ampliação das hipóteses de criminalização corrompe as bases do garantismo penal clássico. O autor enumera os efeitos da neocriminalização:

Poderíamos, inclusive, propor a seguinte ordem, não exaustiva, de efeitos: a) na esfera da teoria da norma penal e do delito: lesão aos princípios da legalidade em sentido amplo (exaustiva utilização de leis penais em branco), da legalidade em sentido estrito (prevalência de tipos penais abertos), da lesividade (criminalização de autolesões e de delitos sem vítima) e da culpabilidade (criação de normas de perigo abstrato), acarretando gradual superposição da responsabilidade objetiva à subjetiva; b) na esfera processual penal: relegitimação de sistemas inquisitoriais com supressão dos direitos de ampla defesa através da diminuição das garantias de presunção de inocência e contraditório (gradual inversão do ônus da prova e inserção de juízos de periculosidade), de individualização (taxação cada vez maior das penas), de oralidade (ampliação das formas escritas), de imparcialidade do juiz (gestão da prova pelo órgão julgador) e de idoneidade da prova (admissibilidade de provas anteriormente consideradas ilícitas); e c) na esfera penalógica: o aumento desproporcional do tempo das penas, a diminuição da idade para a responsabilidade penal, o aumento abusivo das hipóteses de prisões cautelares, o incremento de sistema de execução provisória da pena e abolição do regime progressivo.

Neste sentido, LUISI⁶⁴³ observa que os fatos sociais nas suas formas mais graves, “são merecedores de criminalização, e mesmo esta se faz necessária, não se pode esquecer que o legislador continua a criminalizar fatos sem a necessária relevância capaz de autorizar a sua tipificação criminal (...)”,

A descriminalização está ancorada, sobretudo, nos princípios garantistas da legalidade formal e material, sobretudo esta última por prezar a necessidade da intervenção punitiva como barreira ao legislador, sob a tríade intervenção mínima, lesividade e culpabilidade.

Conforme exaustivamente analisado no decorrer do presente trabalho, fruto da ideologia da *lei* e da *ordem* e da atuação simbólica do poder midiático, a hipertrofia penal produz consequências nefastas, sobretudo no que tange ao asseguramento de garantias. A descriminalização seria, portanto, a via de combate a esses movimentos contemporâneos de neocriminalização.

A seguir, com esboço no arcabouço teórico e principiológico construído ao longo desse trabalho e, sobretudo, a partir do desvelamento do discurso criminal clássico, procurar-se-á, ainda que sumariamente, especificar algumas propostas de

⁶⁴² CARVALHO, Salo de. **Da legalidade estrita à legalidade substancializada**: o garantismo penal e a (re)afirmação do homem como valor. Revista de Estudos Criminais. n.º 4. p. 150.

⁶⁴³ LUISI, Luiz. **O princípio constitucional penal da intervenção mínima**. p. 276.

descriminalização salutar ao desenvolvimento de um Direito Penal (efetivamente) mínimo.

Contudo, tendo-se em conta as necessidades advindas das transformações que experimentamos na modernidade e, haja vista, sobretudo, a atuação conjunta dos processos descriminalizantes e neocriminalizantes serão também indicadas algumas sugestões neocriminalizadoras. Entretanto, devem-se estabelecer limites claros e precisos à pauta criminalizadora.

4.4.1 Ações Suficientemente Reprimidas por outros Ramos do Direito

As contravenções penais não atentam contra bens jurídicos fundamentais, não atendendo, dessa forma, à limitação substancial – *legalidade material* – imposta pelo princípio da necessidade, “na medida em que se tratam de infrações penais sem potencialidade lesiva suficiente para legitimar a intervenção punitiva do Direito penal”.⁶⁴⁴

“Faltam-lhe, com efeito, em face da mínima significação social dos fatos erigidos à categoria de contravencionais, dignidade penal, posto que não atentam contra (ou põe seriamente em perigo) bens jurídicos fundamentais”.⁶⁴⁵

Além de faltarem-lhe potencialidade lesiva, é imperiosa a descriminalização de algumas contravenções que traduzem um Direito penal de autor, como a vadiagem, mendicância, por exemplo. Nesta hipótese, a intervenção punitiva atua com espreque nitidamente de assepsia judiciária e etiquetamento antecipado, ou seja, promove a limpeza das ruas daquelas pessoas indesejadas e, nesse aspecto, em nada se difere da política da tolerância zero – teoria das janelas quebradas – promovida nas ruas de Nova Iorque.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ SBARDELOTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. p. 206.

⁶⁴⁵ QUEIROZ, Paulo. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p. 145.

⁶⁴⁶ COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; CARVALHO, Edward. **Teoria das janelas quebradas**: e se a pedra vem de dentro? p. 25. Com base no artigo (Wilson, James Q.; Kelling, George L. Broken windows: the police and neighborhood safety. In Atlantic Monthly, de março de 1982) em que a teoria das janelas quebradas foi articulada, os autores exemplificam o etiquetamento antecipado: “É, em suma, de se fazer prevalecer a ordem sobre a desordem; porque os desordeiros estão contra os ordeiros. As pessoas desordeiras incluem ‘pessoas não respeitáveis, turbulentas ou imprevisíveis: catadores de papel, bêbados, viciados, adolescentes arruaceiros, prostitutas, vadios e os perturbados

No mesmo sentido deve ser destacada a fundamental observação de DIAS e ANDRADE, a respeito da descriminalização dessas *manifestações de evasão subcultural ou marginalidade social*: “a criminalização significaria sempre a imposição coativa de um particular eudemonismo, isto é, duma concepção sobre a felicidade e a perfeição”.⁶⁴⁷

Segundo o entendimento dos autores supra-citados, a criminalização dessas manifestações representariam “uma afronta aos princípios do Estado de Direito de uma sociedade aberta e plural”. Ademais, como bem asseveram os penalistas, o direito à diferença ofereceria um respaldo argumentativo no que tange à “descriminalização de condutas ou formas de vida como o *alcoolismo*, o *consumo de estupefacientes*, o jogo, etc”.⁶⁴⁸

Sobre o grande elenco de contravenções penais, DOTTI⁶⁴⁹ preconiza que “pode ser afastado do âmbito penal, como por exemplo, à relativa à polícia de costumes, destacando-se as hipóteses de *jogos de azar*, espécies de loteria, jogo do bicho, vadiagem, mendicância e embriaguez”.

A manutenção da tutela através do Direito penal, além de desarrazoada, é desproporcional, pois impõe uma violência (desnecessária) em hipóteses em que a atuação de outras esferas do direito – Direito administrativo – seria suficiente.

Nessa ordem, poder ser citados dentre as hipóteses de descriminalização os “delitos de alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório (desde de que sem violência à pessoa ou grave ameaça – artigo 161 e incisos do Código Penal), introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164 do Código Penal)”⁶⁵⁰, os crimes contra a família (artigos 236 a 240), a emissão de cheques sem fundos⁶⁵¹, a “receptação culposa (CP, art. 180, § 1º), charlatanismo, curandeirismo⁶⁵² (CP, arts. 283 e 284), etc., cuja tolerância (em sede penal) é

mentais’ (1982, p. 30). São - acredite-se, se for possível - os ‘bêbados fedorentos’ e os ‘pedintes inoportunos’ (1982, p. 34).”

⁶⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. p. 430.

⁶⁴⁸ DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. Obra citada. p. 430.

⁶⁴⁹ DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 36.

⁶⁵⁰ SBARDELOTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. p. 206. No mesmo sentido: QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p. 147.

⁶⁵¹ BATISTA, Nilo. **Temas de Direito Penal**. p. 34. “O exemplo mais evidente de descriminalização por ato interpretativo que se conhece no Brasil, todavia, está na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do crime de emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos.”

⁶⁵² DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. p. 31-32.

preferível à desproporcionada violência e estigmatização dos instrumentos punitivos.”⁶⁵³

Ainda com esboço na subsidiariedade da intervenção punitiva, defende-se a descriminalização dos crimes econômicos – Crimes contra a Ordem Tributária.

Argumenta-se, dessa feita, que a moderna criminalidade, marcada pela banalização do direito penal e pelo irremediável desrespeito às garantias constitucionais, é claramente percebida pela penalização dos crimes tributários, ou seja, a realidade demonstra que a inflação legislativa e o recrudescimento das penas não atingem o intento almejado, mostrando-se latente a necessidade de uma reflexão.

A dificuldade em se precisar o interesse jurídico protegido pela tutela penal tributária, bem como a presença de instrumentos alheios ao direito penal que se mostram hábeis contra a sonegação, corroboram a argumentação de que, nos delitos tributários, o direito penal serve como um instrumento de arrecadação fiscal, em claro desrespeito às garantias constitucionais.

QUEROZ preconiza que, a intervenção penal nessas hipóteses é abusiva: “constrange(r) devedores inadimplentes ao pagamento de débito para com a Fazenda Pública. E assim delega, indisfarçadamente, a juízes, órgãos do Ministério Público e policiais, função que lhes não diz respeito: a de cobradores de tributos”.⁶⁵⁴

Diante de tais fatos, surgem indagações valiosas, ou seja, qual é, de fato, o bem jurídico protegido pela norma penal tributária? Há o interesse do Estado em punir penalmente o sonegador ou simplesmente lograr a arrecadação? As finalidades da pena (prevenção e retribuição) são atingidas? E, finalmente, há soluções mais eficazes contra a sonegação que a via penal?

A respeito da reação social no que tange ao delito de descaminho, DOTTI⁶⁵⁵ destaca que “a comunidade nega sua cooperação às autoridades; não denuncia os fatos puníveis; não colabora na formação da prova, não raramente protege o infrator determinando a *erosão da repressão*”.

⁶⁵³ QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p. 145-146.

⁶⁵⁴ QUEIROZ, P. Obra citada. p. 146.

⁶⁵⁵ DOTTI, René Ariel. **Reforma penal brasileira**. p. 35.

Os Crimes contra a Ordem Tributária têm seguido esta tendência descriminalizadora, sobretudo em que pese as recentes alterações legislativas⁶⁵⁶ responsáveis pela suspensão ou extinção da punibilidade quando efetuado o parcelamento ou pagamento do tributo, respectivamente.

Nesse norte, os movimentos de descriminalização e despenalização, e, principalmente, seus limites e sua (in)viabilidade, relativamente aos delitos fiscais, necessitam de uma leitura cuidadosa.

O aperfeiçoamento do sistema punitivo é salutar para conter a tendência expansiva do direito penal. Deve-se aplicar um direito penal mínimo, afastando-se do seu campo todas as condutas, ainda que com relevância social, que puderem ser eficazmente prevenidas ou retribuídas por outras esferas do direito.

No tocante aos delitos econômicos, deparamo-nos com dois caminhos: o primeiro, pelo qual, como o Direito penal não tem se mostrado um instrumento apto a combater a criminalidade (tributária), devendo renunciar à sua intervenção, em busca de novos mecanismos eficientes de prevenção à sonegação (descriminalização), e um segundo que, mesmo reconhecendo a impotência do Direito penal, busca formas de compatibilizá-lo com a realidade social concreta, evitando, dessa forma, a descriminalização.

Primeiramente, deve-se ter em conta que os institutos despenalizadores introduzidos pelo legislador não podem ser utilizados com o escopo de destruir as

⁶⁵⁶ DELMANTO, Fábio Machado de Almeida, PAULA, Gauthama Fornaciari, RASSI, João Daniel. Efeitos penais do Refis III (MP n. 303/06). **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n.166, p. 11-12, set. 2006. “O Governo Federal, mais uma vez, editou medida provisória para permitir o parcelamento de débitos tributários de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional de Seguridade Social, com vencimento até o dia 28 de fevereiro de 2003, em até cento e trinta prestações mensais e sucessivas.(2) O prazo para a adesão ao programa expira em 15 de setembro de 2006. Trata-se da Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006, também conhecida como *Refis III* (Programa de Recuperação Fiscal). Como sói acontecer com regimes similares de parcelamento de tributos, tais como o *Refis I* (Lei nº 9.964/00) e o *Refis II* (Parcelamento Especial, também chamado de *Paes* – Lei nº 10.684/03), a opção pelo parcelamento tratado na MP nº 303/06, se de um lado traz benefícios ao contribuinte — como é o caso da redução da multa em 50%, prevista no art. 3º, § 7º —, de outro implicam significativos benefícios à Fazenda Pública — como, por exemplo, a confissão de dívida irrevogável e irretratável da totalidade dos débitos existentes (art. 1º, § 6º). Ademais, admitiu-se que os débitos incluídos em outros regimes sejam parcelados nas condições previstas no novo regime, “*admitida a transferência dos débitos remanescentes dos impostos, contribuições e outras exações*”, hipótese na qual a pessoa jurídica deverá requerer, junto ao órgão competente, a desistência irrevogável e irretratável dos parcelamentos anteriormente concedidos (art. 4º, *caput*, e § 1º). Entretanto, ao contrário do previsto nas modalidades de parcelamento anteriores — *Refis I* e *Refis II* —, o novo regime de consolidação e parcelamento de dívidas tributárias federais, instituído pelo *Refis III*, não previu qualquer efeito penal ou processual penal para o contribuinte que aderir ao programa. Tal não impede, conforme será visto, que se lhe apliquem os efeitos penais correspondentes.”

garantias constitucionalmente estabelecidas, ou seja, transferir ao Direito administrativo a tutela do bem jurídico como o caminho para burlar as garantias.

Em segundo lugar, é preciso que se faça uma leitura crítica desses movimentos de descriminalização. Referida fundamentação basear-se-á em duas premissas salutares.

Inicialmente, é imperativo que a arrecadação de tributos é fundamental para o desenvolvimento do Estado brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao financiamento das atividades essenciais à população: saúde, educação, segurança, transporte, emprego, dentre outros.

Com o fim de cumprir esse desiderato, o Estado partilha entre a população esse encargo econômico, por intermédio da tributação. Sem adentrarmos no mérito da (alta) carga tributária do Estado brasileiro, é um dever de todo cidadão contribuir, na medida de sua possibilidade – capacidade tributária – para que o Estado cumpra com suas funções básicas.

O Estado, para suprir as necessidades da população (e evitar a intervenção direta na economia), vê-se compelido a promover o recolhimento de tributos, taxando a renda. É clara a impossibilidade do Estado-Fisco conviver com a sonegação fiscal, sob pena de comprometimento da realização de suas atividades primordiais.

Para evitar a sonegação, e, de certa forma, coagir os cidadãos ao pagamento dos tributos, o Estado realiza o seu poder constrangedor, através de sanções, sejam elas administrativas, civis ou penais. O Direito Penal Tributário funcionaria com um desses mecanismos de coação e punição e é a eleição do bem jurídico que irá delimitar as zonas entre o lícito e o ilícito e transpor as barreiras do direito penal.

Estabelecida essa primeira premissa, cumpre-se que se analise a fundamentações jurídicas preconizadas pelo discurso descriminalizador.

Pois bem, o discurso que advoga a descriminalização da ordem tributária parte da defesa do Direito penal mínimo – princípio de que o direito penal representa a *ultima ratio* do controle social – destacando-se como limite imprescindível à atuação estatal e como garantia contra a arbitrariedade e atuação coercitiva, uma intervenção penal mínima, tão-somente se legitimando a incidência da esfera penal quando as demais searas do Direito frustrarem-se na proteção do bem jurídico

tutelado, uma vez que “o fim precípua do Direito Penal é a defesa da sociedade, através da tutela jurídico-penal dos bens que lhe são fundamentais”.⁶⁵⁷

Os defensores da descriminalização afirmam que a escolha da ordem tributária como bem jurídico-penal⁶⁵⁸ seria contestável, por diversos fatores.

Primeiramente porque, o desenvolvimento histórico da legislação penal fiscal,⁶⁵⁹ marcado pelo seu abrandamento sucessivo através do florescimento de institutos penais que retiram a pretensão punitiva do Estado, (extinção e a suspensão da punibilidade), mesmo após a configuração do delito, caso seja promovido o pagamento ou efetuado o parcelamento (vistos como reparação do dano),⁶⁶⁰ demonstra o grau de (des)interesse estatal na *persecutio criminis*, além de representarem violação ao princípio da lesividade do evento, revelando que o bem jurídico tutelado passou a ser a receita pública.⁶⁶¹

Arrecadar recursos financeiros para o Estado, apesar de importante e imprescindível para a vida em sociedade não é, de longe, objeto jurídico digno da tutela penal, por representar um abuso das garantias de um direito penal de *ultima ratio* e do princípio da necessidade ou economia das proibições penais,⁶⁶² pautado pela preservação da dignidade da pessoa humana e dimensionado pelo bem jurídico objeto de tutela.

Em segundo lugar, a tipificação de determinadas condutas como ilícitos penais exige que o interesse jurídico protegido seja extremamente precioso para a

⁶⁵⁷ PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Crimes tributários**: uma visão prospectiva de sua despenalização. São Paulo: Lumem Juris, 2003. p. 141.

⁶⁵⁸ SHÜNEMANN, Bernd. **O direito penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos!** - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. p. 18. “Na maior parte dos casos, se consegue de modo bastante distinguir entre uma utilização legítima do direito penal para fins de proteção de bens jurídicos e seu uso totalitário, para fins de imposição de determinadas formas de vida”.

⁶⁵⁹ A Lei nº 8.137/90 inaugurou o instituto da extinção da punibilidade com o pagamento antes do recebimento da denúncia. Após, a Lei nº 9.964/00 instituiu causa de suspensão da punibilidade em relação às empresas que aderissem ao programa *até o recebimento da denúncia*. Em 2003, a Lei nº 10.684, determinou a extinção da punibilidade pelo pagamento efetuado a qualquer tempo, inclusive após o oferecimento da denúncia.

⁶⁶⁰ EISELE, Andreas. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 107. “Sob uma primeira perspectiva, a concessão de efeitos extintivos da punibilidade à reparação do dano nos crimes contra a ordem tributária decorre do caráter subsidiário do Direito Penal”.

⁶⁶¹ JANKZESKI, Célio Armando. A extinção da punibilidade pelo pagamento e os novos rumos ditados pela Lei 10.684/03. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, a. 13, n. 61, mar-abr, 2005. p. 261.

⁶⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. p. 372. Esclarece que: “Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo. O princípio da necessidade ou economia das proibições penais preza pela máxima economia quando da criminalização, guiando-se pela penalização mínima necessária”.

coletividade, de forma que a sua penalização não seja só imposta à sociedade, mas, sobretudo, por ela acatada.

Nos delitos tributários (salvo os casos de fraudes fiscais profissionais), verificamos uma aceitação social⁶⁶³ do crime e uma negação da obrigatoriedade fiscal. Essa rejeição social, quem tem como causa a atuação perdulária e corrupta do Estado (carga tributária maior, sonega-se mais)⁶⁶⁴ não pode ser desconsiderada.⁶⁶⁵

Pela ausência de adequação social, os delitos fiscais não despertam na sociedade a mesma reação que os demais crimes que impostam na violação de bens jurídicos de primacial relevância, é dizer a proteção à vida, integridade física, liberdade.

Por fim, frustra-se o caráter preventivo e retributivo da pena, infringindo-se o princípio da retributividade.

O *quantum* da pena privativa de liberdade previsto nos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, analisado de forma sistemática com o *Codex*, comprova uma desconexão entre a lesão bem objeto de tutela e a reprimenda penal, não correspondendo à punição mais garante.

Abarcar um tratamento penal mais severo aos delitos fiscais que a outros tipos penais, protetores de bens jurídicos, como a vida ou a integridade física, eclode em uma verdadeira inversão axiológica da eleição dos bens jurídicos fundamentais, ferindo-se o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, ou seja, pela proibição do excesso⁶⁶⁶.

Tampouco a sanção penal tributária se mostra como instrumento intimidador de novas condutas, não atingindo o desígnio da prevenção, já que, além de ineficaz

⁶⁶³ SANTOS, Juarez Cirino do. **A moderna teoria do fato punível**. 3ª. Ed. Curitiba: 2004. p. 37. “A teoria da adequação social, formulada por Welzel, exprime o pensamento de ações realizadas no contexto da ordem social histórica da vida são ações socialmente adequadas – e, portanto, atípicas, ainda que correspondam à descrição do tipo legal.”

⁶⁶⁴ O aumento da carga tributária tem como um dos seus principais reflexos o aumento da sonegação, demonstrando a rejeição da sociedade.

⁶⁶⁵ PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Crimes tributários**: uma visão prospectiva de sua despenalização. p. 168. Sobre a aceitação e rejeição social esclarece que: “A opinião da sociedade, como destinatária das normas jurídicas, deve ser acolhida no sentido de que ela se manifestasse acerca de condutas que lhe repugnam, decidindo sobre quais delas desejaria ver tipificada em leis penais, pois é inócua a tentativa do legislador de criminalizar certos comportamentos, que encontram tolerância no meio social”.

⁶⁶⁶ SARLET, Ingo, **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 3, n. 12, 2003. p. 107. Sobre a atuação do princípio da proporcionalidade: “O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais”.

(adequação), padece de necessidade, não representando o meio menos prejudicial às partes e menos hostil aos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar, assim, que a busca por uma tutela penal eficaz, através da eleição de bens jurídico-penal modernos (ordem tributária), tem se mostrado ineficiente. Outrossim, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, podemos concluir que a tutela penal tributária não é *adequada*, pois não é o meio mais apto a efetivar a finalidade da arrecadação e o combate à sonegação, tampouco é *necessária*, havendo outros instrumentos menos gravosos.

Há, ainda, a meta da ressocialização, evidente falácia, pois é notório que o delinqüente fiscal não precisa ser ressocializado, haja vista integrar (na maior parte das vezes) classe social privilegiada.

Estes foram, sumariamente, os principais argumentos favoráveis à descriminalização substitutiva dos crimes contra a ordem tributária, propondo-se a utilização do Direito Administrativo Sancionador.⁶⁶⁷

Esse arsenal de institutos descriminalizadores/despenalizadores concebidos pela lei para beneficiar o contribuinte que sonega impostos ou comete fraudes com esse fim acaba por gerar um sentimento de impunidade perante a sociedade.

Quando analisado comparativamente com os demais delitos econômicos – crimes contra o patrimônio previstos no Código Penal – não há como furtar-se da impressão de que essas medidas legislativas são um reflexo da seletividade promovida pela intervenção penal.

Dessa forma, é possível fazer uma análise crítica desse processo ao avaliá-lo como uma medida tipicamente seletiva, ou seja, os delitos (em tese) cometidos pelas classes dominantes merecem a descriminalização, por sua vez, a criminalidade da periferia faria jus ao recrudescimento penal. Importaria, dessa forma, em evidente violação ao princípio da isonomia.

Ademais, os detentores do poder e, por consequência da opinião pública, utilizariam do aporte midiático para incrementar o medo e a sensação de insegurança em relação à criminalidade clássica e justificar a atuação máxima do poder punitivo quando em foco referidos delitos – furto, seqüestro, homicídio,

⁶⁶⁷ CORACINI, Celso Eduardo Faria. **Os movimentos de descriminalização**: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. 254. “Talvez a modalidade de descriminalização mais discutida nos dias atuais, e que maiores controvérsias suscita, é a assim denominada descriminalização substitutiva, que nada é além da transformação de ilícitos penais em ilícitos extrapenais, principalmente ilícitos administrativos, conformando uma esfera autônoma do direito, denominada direito administrativo sancionador (ou direito penal administrativo)”.

estupro – e, em contrapartida, a Ordem Tributária, por faltar-lhe o atributo *violência* quedar-se-ia insignificante penalmente, justificando-se a sua descriminalização.

Ocorre que, quando avaliadas as causas – veladas pela mídia – e não os efeitos da criminalidade – explorados pelo atuar midiático –, a sonegação fiscal importaria em um dos principais agentes fomentadores da criminalidade posto que, impede o Estado de promover suas funções básicas incrementando a desigualdade social e, conseqüentemente a violência na sociedade, como reflexo daquela.

O assunto, portanto, comporta posicionamentos estanques. Para a melhor compreensão das vertentes a respeito dos delitos tributários – descriminalização e criminalização – é salutar que se diferencie o fim visado pelo legislador quando da criminalização das referidas condutas.

Uma parte da doutrina afirma ser o *bem* jurídico tutelado pela norma os interesses supraindividuais traduzidos pelo erário público, fé pública, ordem tributária e as funções estatais. Comungam esse pensamento PALHARES⁶⁶⁸, EISELE⁶⁶⁹, dentre outros. Dessa forma, a lei visaria além da arrecadação, a realização política e social advinda da tributação.

Por outro lado, outro espectro da doutrina, BITENCOURT⁶⁷⁰, IVES GANDRA, DOTTI, SANTOS consideram que o interesse jurídico tutelado pela lei penal tributária seria exclusivamente garantir a cobrança do tributo e desestimular a sonegação, a fraude, o conluio.

SANTOS⁶⁷¹ assevera que o bem jurídico é o principal critério de criminalização e objeto de guarida pelos tipos penais, destacando o constante choque entre capital e trabalho assalariado:

Na verdade, o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui objeto de proteção [...] Assim, o objetivo de evitar a criminalização da vontade do poder, ou das expectativas normativas etc. – fundamento da rejeição do bem jurídico como objeto de proteção penal – parece insuficiente; além disso, admitir a proteção de bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de relevância do bem jurídico constituir objeto de proteção penal – sempre subsidiária e fragmentária –, nem explica incluir todos os bens jurídicos como objeto de proteção penal.

⁶⁶⁸ PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Crimes tributários**: Uma visão prospectiva de sua despenalização. p. 145.

⁶⁶⁹ EISELE, Andreas. **Crimes contra a Ordem Tributária**. p. 107.

⁶⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 11. São Paulo: RT, 1995. p. 119. “A criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”.

⁶⁷¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**. Parte Geral. p.15.

Não haveria, dessa forma, lesão a todas as atividades realizadas pelo Estado, limitando-se a proteção tão somente à atividade arrecadatória.

A utilização do Direito Penal como instrumento de cobrança do Estado esvaziaria suas funções ideais.

A resposta mais adequada, tendo-se em conta o princípio da subsidiariedade penal seria a transmutação dos referidos delitos para um Direito Administrativo Sancionador – mais rigoroso que o Direito Administrativo – mas, em contrapartida, desprendido dos estigmas provenientes do Direito Penal.

4.4.2 Fatos Situados Exclusivamente na Moral

As relações entre o Direito e a moral sofreram alterações ao longo do processo histórico. Segundo uma concepção jusnaturalista, o Direito confundia-se com a moral, haja vista, sobretudo, a relação estabelecida entre elementos morais – direito natural de origem divina – e o Direito.

Essa influência cosmológica e maniqueísta manifesta-se sobretudo na produção estatal. A (suposta) imoralidade do comportamento não é suficiente para justificar a manutenção de sua criminalização, impondo a sua repressão, haja vista, na maioria dos casos, mostrar-se suficiente a tutela Civil.

Deve-se erigir o princípio da secularização, ou seja, a inexistência de uma conexão entre o Direito e a moral, ou seja, não caberia ao Direito reproduzir determinados valores ético-sociais.

FERRAJOLI⁶⁷² preconiza a necessária autonomia da moral com relação ao direito:

os preceitos e os juízos morais, com base nesta concepção, não se fundamentam no direito nem em outros sistemas de normas positivas – religiosas, sociais ou de qualquer outro modo objetivas –, senão somente na autonomia da consciência individual.

Ressaltam, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho⁶⁷³, que a *secularização* (laicização) é a ruptura entre a cultura eclesiástica e as doutrinas

⁶⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal.

filosóficas, especialmente entre a moral do clero e a forma de produção da ciência. Por isso, o Estado "não deve se imiscuir coercitivamente na vida moral dos cidadãos e nem tampouco promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança, impedindo que se lesem uns aos outros".

Com o princípio da secularização busca-se preservar a pessoa numa esfera em que é ilícito proibir, julgar e punir: a esfera do pensamento, das idéias. O princípio da secularização, concluem os articulistas, pode subdividir-se em muitos outros (sub)princípios como: da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, X), do resguardo da liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV), da liberdade de consciência e crença religiosa (art. 5º, VI), da liberdade de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII) e da garantia de livre manifestação do pensar (art. 5º, IX).

Porém, como adverte TOLEDO⁶⁷⁴, não se pode admitir contradição entre direito e moral, pois ambos contêm princípios reguladores do comportamento humano. Embora não exista perfeita coincidência entre os dois, seria intolerável um ordenamento jurídico em contradição com as normas morais, além de ineficaz. Portanto, o direito penal, deve limitar extremamente o seu campo de atuação, não podendo transformar-se em desajeitado modelador do caráter, da personalidade, ou em sancionador da formação moral profunda da pessoa.

CARVALHO⁶⁷⁵ destaca que Locke, assentado num dos principais temas políticos da época, a liberdade religiosa, e pregando a separação entre Estado e Igreja, rompeu os vínculos entre o direito e a moral. Cindiu, dessa forma, a noção híbrida do modelo inquisitorial, do delito e do pecado, instituindo a tolerância como fundamento do processo de secularização.

Nos delitos que não importam nessa superação salutar haveria, no dizer de DIAS e ANDRADE uma "indevida identificação do crime com o pecado, o mal, o vício, a imoralidade. Isto vale sobretudo para as práticas sexuais".⁶⁷⁶

⁶⁷³ CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. p. 01; 09.

⁶⁷⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. p.12 e 13.

⁶⁷⁵ CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. p. 35.

⁶⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. p. 429. "Hoje aceita-se pacificamente que a *liberdade* e a *autenticidade* da expressão sexual são os únicos bens jurídicos que o direito penal está legitimado a tutelar nesta área.(...) E que devem, por isso, eliminar-se da lei penal crime como: o *adultério*, o *incesto*, os *vícios contra a natureza*, a *bigamia*, a *pornografia*, o *homossexualismo* o *estupro*."

Por essa razão, devem ser retirados do âmbito de incidência do Direito Penal, por meio de um grande movimento de descriminalização, diversas condutas anteriormente previstas em normas penais, mas que, todavia, são incapazes de produzir um dano social, acarretando somente uma reprovação moral da sociedade. Essas condutas devem sofrer outro meio de controle menos gravoso que as penas criminais.

Dessa forma, não pode o direito reprimir atos meramente morais, que habitam a consciência individual. Grande parte dos comportamentos imorais dos quais a doutrina fazia menção no que tange à sua descriminalização foram revogados pela Lei n. 11.106/05 – adultério, sedução, rapto, dentre outros. Não obstante, restaram ainda alguns tipos penais que não foram descriminalizados, como o tipo referente à casa de prostituição⁶⁷⁷ (art. 229 do Código Penal); a prática de atos obscenos e a aquisição de objetos obscenos (art. 233 e 234 do Código Penal).

Adverte HULSMAN⁶⁷⁸ que: “O direito penal, até o momento, tem sido utilizado em larga escala, para resolver problemas morais, Mas ele não é instrumento apropriado para isto (...)”.

Destaca-se a lição de CERVINI⁶⁷⁹, no sentido de estender esse mandamento tanto o Código Penal como às leis penais complementares, os quais se impõem o “objetivo (de) sancionar somente aqueles comportamentos que perturbam de forma grave a convivência humana e que são geralmente reconhecidos como merecedores de pena”.

⁶⁷⁷ Esse tipo, inclusive, em que pese a proibição de revogação da lei pelo costume, há julgados que não o reconhecem como crime tendo-se em contra as modificações morais e sociais no que tange à sua reprovação:

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0151.02.001455-2/001 - COMARCA DE CÁSSIA - APELANTE(S): MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA SILVA - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. HYPARCO IMMESI.

EMENTA: CASA DE PROSTITUIÇÃO - CP, ART. 229 - ILICITUDE AFASTADA PELA REALIDADE SOCIAL E EVOLUÇÃO DOS COSTUMES - CONCEITO MORAL ULTRAPASSADO E JÁ SEM SUSTENTÁCULO NA ATUALIDADE - SUA CONSEQÜENTE ATIPICIDADE. - Embora ainda figure no Código Penal vigente, - este dos idos de 1940 -, a conduta a que se refere o seu art. 229 (casa de prostituição) deixou de ser vista à conta de delituosa. E deixou de sê-lo, porque se trata de um conceito moral reconhecidamente ultrapassado e que já não tem mais como se sustentar nos dias atuais. A sociedade hodierna culminou por ditar uma realidade que acabou por afastar a ilicitude daquela conduta - a do art. 229 -, tornando-a, em conseqüência, atípica, em nome da evolução dos costumes.

⁶⁷⁸ HULSMAN, Louk H. C. **Descriminalização**. p. 22. “ (...) considerando os custos elevados e o papel limitado que é conveniente atribuir ao Estado neste setor”.

⁶⁷⁹ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. p. 205.

QUEIROZ⁶⁸⁰ inclui a discussão a respeito do aborto dentre os exemplos em que a simples imoralidade do comportamento não teria o condão de justificar a criminalização. DIAS e ANDRADE⁶⁸¹, por sua vez, incluem a descriminalização do aborto dentre os crimes sem vítima. DOTTI⁶⁸² quando menciona a não incriminação do aborto o relaciona às cifras negras da criminalidade e à necessidade de o Estado evitar os graves inconvenientes da clandestinidade.

Haja vista, portanto, essa ausência de unanimidade doutrinária, bem como as discrepâncias a respeito do conceito de *delitos sem vítimas* a problemática do aborto será analisada no item seguinte.

O princípio da lesividade⁶⁸³ do ato surge após a secularização do direito e a conseqüente proibição ao Poder Legislativo de criminalizar sentimentos (valores) bem como a qualificação moral de uma pessoa. É vedado ao legislador utilizar-se da tutela penal para punir o ser de uma pessoa, é lícito a ele tão-somente punir o fazer, ou seja, a exteriorização de seu ser.

4.4.3 Delitos sem Vítimas e Delitos sem Lesão

CERNINI observa que não é totalmente pacífico o entendimento da doutrina criminológica no que tange à conceituação de delitos sem vítima. Para Aniyar de Castro, citada pelo autor, seriam aqueles crimes em que não há acusação da parte, ou seja, os atos “cometidos entre adultos com seu consentimento, a saber, a homossexualidade, a prostituição, o consumo de drogas, o aborto, o alcoolismo, a tentativa de suicídio, os jogos ilícitos, a bigamia e o adultério”.⁶⁸⁴

⁶⁸⁰ QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. p. 148.

⁶⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. p. 430-431.

⁶⁸² DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. p. 31.

⁶⁸³ HASSEMER, Winfried. **Características e crises do Moderno Direito Penal**. p. 65. “O caminho de uma determinação geral do Direito Penal material para abrir a possibilidade à Justiça Penal de adaptar sua capacidade real às ampliações de solução do problema encontra-se no ordenamento jurídico penal da Europa Oriental. Ali se estabelece, por exemplo, o pressuposto da “lesividade social” como meio de manter determinados atos debaixo de um certo limite pela capacidade da justiça penal. Mas não se pode negar que este seja um regulador apurado e flexível da capacidade”.

⁶⁸⁴ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. p. 208.

Tendo-se em conta a obrigação de proteção de bens jurídicos imposta ao Direito penal, uma conduta típica que não lesa um bem jurídico alheio deve ser descriminalizada.

Pode-se citar, como exemplo, as hipóteses de auto-lesão, ou seja, quando o sujeito tem como 'vítima' si mesmo, não havendo porque, haja vista a disponibilidade do bem tutelado, o Estado intervir, caso contrário, o direito penal atuaria através de proibições paternalistas.⁶⁸⁵

Nesse diapasão encontra-se a importante questão da descriminalização (ou seria despenalização?) do porte de droga para uso próprio. Ora, o sujeito que consome uma substância entorpecente estaria atingindo tão somente a própria integridade física ou psíquica.

Em 2006, através da Lei nº 11.343/06, o legislador brasileiro inovou ao prever, em seu artigo 28 a substituição da pena privativa de liberdade (da revogada Lei 6368/76) por medidas alternativas, de advertência, prestação de serviços à comunidade e internação para tratamento de saúde

A doutrina tem discutido se a hipótese supra-mencionada teria descriminalizado o porte para uso próprio ou apenas operado uma despenalização. Atentando para as formas de descriminalização (formal e substitutiva) efetuada pelo legislador, não haveria que se falar em descriminalização tendo-se em conta que esta opera a retirada do sistema penal ou do controle formal pelo Direito.

SALO DE CARVALHO⁶⁸⁶ preconiza que, no que tange ao art. 28 da Lei de Drogas “não ocorreu processo de descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas, (...), ocorre, portanto, com o ingresso da lei nova no cenário jurídico, explícita *descarcerização* dos delitos relativos ao uso de drogas”.

O porte para uso próprio das substâncias entorpecentes mantém-se tutelado penalmente, tendo-se operado, na verdade, uma hipótese de despenalização – *descarcerização* – haja vista a alteração da sanção – antes privativa de liberdade – por medidas alternativas, que visam, sobretudo, evitar a violenta reprimenda penal

⁶⁸⁵ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direito: autolesões devem ser punidas penalmente? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 67, jul./ago. 2007. p. 13. “Intervenções paternalistas possuem duas características. Em primeiro lugar, elas dizem respeito ao bem jurídico atingido. Em segundo, a intervenção contém coerção: à pessoa não se concede a possibilidade de repelir a medida. E é esta segunda característica da coerção, que diferencia as intervenções paternalistas de outras medidas do direito social estatal”.

⁶⁸⁶ CARVALHO, Salo de. **A Política criminal de drogas no Brasil**. Estudo Criminológico e Dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 118.

nas hipóteses em que o único lesionado é o próprio autor, não havendo que se falar em lesão a bem jurídico alheio.

Dessa forma, importante ressaltar a desnecessidade nas hipóteses em que o bem jurídico tutelado – indisponível – venha a ser lesado por seu próprio sujeito, faltando-lhe o requisito da alteridade. Nesse diapasão podem ser citadas as discussões jurídico-penais a respeito da eutanásia, do suicídio e do aborto.

A questão da eutanásia⁶⁸⁷ e do aborto abarcam considerações morais e porque não dizer religiosas. Discute-se cientificamente o início da vida e até a que ponto uma vida humana é considerada viável e, em que pese o desenvolvimento da ciência, não há um consenso entre os pesquisadores quando enfocadas essas questões.

Trata-se do assunto, intuitivamente no mais das vezes, deixando-se levar com concepções morais e éticas. Em que pese o objetivo da presente dissertação quedar-se no oferecimento de algumas propostas descriminalizadoras, qualquer digressão a esse respeito poderia incorrer no erro de mostrar-se insuficiente e ilegítima.

A respeito da polêmica do aborto, DIAS e ANDRADE⁶⁸⁸ observam que:

Postas entre parênteses as questões filosóficas da essência da vida intra-uterina e mesmo a questão político-criminal e jurídico-dogmático de sua conceptualização como *bem jurídico*, parece irrecusável que o aborto corresponde inteiramente à categoria criminológica dos *crimes sem vítima*: pelo teor específico da interação dos diferentes intervenientes; pelo teor elevadíssimo das cifras negras e pelo grau de seleção e desigualdade que elas traduzem; pela comprovada ineficácia preventiva da lei incriminatória; pelas condições degradantes e riscos do aborto clandestino.

Pela impossibilidade de ser efetuada, neste momento, uma pesquisa fundada e cuidadosa sobre o aborto, e haja vista a necessidade de se tomar as devidas cautelas, abstém-se de qualquer consideração a respeito do assunto. Preocupa-se, no entanto, a utilização da descriminalização como um meio para justificar a não atuação estatal – cifras ocultas, aborto clandestino, ineficácia preventiva – pois incorreria no erro de utilizar o homem – a possível vida humana assim considerada – como um meio a uma finalidade estatal.

⁶⁸⁷ Sobre o assunto: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**.

⁶⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. p. 430-431.

No que tange à eutanásia e o delito de instigação ao suicídio, tipificados nos artigos 121, § 1º e 122 do Código Penal, pela indisponibilidade do bem jurídico *vida*, ainda que com a aceitação e disposição da vítima, a lei, ao penalizar ambas as hipóteses pretende desvalorar a conduta do terceiro e não da vítima em si.

Deve-se, contudo, distinguir as duas condutas típicas. A eutanásia importa na abreviação de um sofrimento e, balizado em sentimentos de piedade, teria o condão de diminuir a pena do infrator. A respeito da sua descriminalização, repetem as considerações anteriormente desenvolvidas a respeito do aborto, com o escopo de evitar uma análise superficial e irresponsável do tema.

O tipo de instigação e induzimento ao suicídio, por sua vez, aduz reprimenda penal, posto que penaliza o terceiro e não a vítima (autor do suicídio). O Estado intervém para sancionar aquelas pessoas que se aproveitam de uma situação de fragilidade pessoal da vítima contribuindo para sua morte.

Além dos delitos sem vítima – prescindem da alteridade – tendo-se em conta o princípio da ofensividade ou lesividade da violação ao bem tutelado, caberia restringir sensivelmente as chamadas infrações de perigo abstrato.

Os tipos de perigo abstrato representam uma criminalização antecipada pelo legislador: “viola o princípio da lesividade da conduta proibida, que é expressão do princípio da proporcionalidade extraído do aspecto material da cláusula do devido processo legal”.⁶⁸⁹

Sobre um dos postulados do sistema garantista, DARGÉL⁶⁹⁰ assevera que: “Efetivamente, há a exigência da lesividade do resultado para que se possa levar a efeito uma punição, considerando-se como essencial para a configuração do delito a concreção do dano ou do perigo ao bem jurídico tutelado.”

O aumento da complexidade social tem levado o legislador a castigar condutas causadoras de um perigo e, dessa forma, destituídas de um resultado naturalístico. O perigo de dano somente é apreendido como algo concreto se decorrer de uma conduta que coloque em real probabilidade de definhamento o bem jurídico protegido pela norma incriminadora; ou seja, um dano que está por acontecer ou na iminência de acontecer.

⁶⁸⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Política e legislação de drogas**: aspectos dogmáticos e criminológicos. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: Notadez, n. 23, 2006. p. 80.

⁶⁹⁰ DARGÉL, Alexandre Ayub. Princípio da lesividade, garantismo e Direito penal mínimo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 03, 2001. p. 107.

A tendência expansionista, na ânsia de proteção penal começa a entender que até mesmo resultados remotamente prováveis ou apenas possíveis, segundo um juízo hipotético ou imaginário, deveriam ser considerados como puníveis, desde que apresentassem potencialidade de causar perigo.

O crime de perigo abstrato nasceu da ideologia de endurecimento do direito criminal. Essa tendência acentuou-se, ainda mais, diante da crise de anomia a desordenar a vida da sociedade moderna. Passou-se a apelar para ameaças de sanções penais, criando uma indiscriminada prevenção geral, numa extensão abusiva e desnecessária quanto a soluções punitivas.

A ampliação do poder punitivo, com a exasperação e expansão das normas incriminadoras, demonstra-se responsável pela quebra de princípios essenciais à natureza da tutela penal, além de afetar outros ramos do direito.

Essa atuação meramente preventiva, prescindindo de um bem jurídico concreto acaba elegendo a norma como objeto de proteção – uma vez violada caberia a intervenção punitiva – servindo aos escopos do direito penal do inimigo, alicerçado no sentimento de confiança na norma e no sistema como elemento salutar à prevenção dos crimes,

A intervenção máxima tem como conseqüência a debilidade e insuficiência do Direito penal no que tange ao controle social, tendo-se em conta que o poder punitivo não se destina a punir condutas destituídas de ofensividade. Ademais, deve-se tomar as cautelas devidas para que não se esteja fundando um Direito penal máximo.

Diante de condutas de mero perigo abstrato, passou-se a aplicar o direito penal, em total desrespeito ao princípio da subsidiariedade, antecipando-se a tutela sobre ações normalmente reguladas por outras espécies de normas.

Sem exigir perigo real, os crimes de perigo abstrato carecem da necessária objetividade jurídica, salvo se for possível entender como tal a pura desobediência a uma norma jurídica, sem lesão ou sem ameaça a direito.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal refere-se à lesão ou ameaça a direito, indicando como juridicamente relevante a causação de lesões efetivas ou ameaças a direitos, só podendo ser entendidas como verdadeiras ameaças as que sejam concretas, pois ameaças abstratas simplesmente inexistem.

Em conseqüência, não se deve admitir crimes de perigo abstrato, por não conterem as condições concretas e diretas para afetarem bens fundamentais

juridicamente protegidos. Além disso, a lógica jurídica indica como prioritária a tarefa de definir o que seja crime, isto é, conduta que causa lesão ao sujeito passivo ou, pelo menos, a que cria ameaça a direito, de modo concreto e direto. Só após, se cominarão penas. Com isso, se estará afastando um abusivo expansionismo penal, marcado por punições simbólicas, desnecessárias, ineficazes e injustas.

Por fim, cumpre-se que se mencione a proibição da criminalização de tipo penais de autor, havendo-se que imputar o desvalor da norma sobre a ação e não sobre o delinqüente. Com espeque nestas constatações, seria necessária a (re)leitura de algumas normas, as quais, ainda que não sejam criminalizadoras, contém em si a ideologia repressora do direito penal de autor.

Institutos penais como a reincidência, bem como algumas das circunstâncias judicial previstas no artigo 59 – antecedentes, conduta social e personalidade do agente – merecem ser revistas, pois atuam em descompasso com a exigência do direito penal de fato.

A evidente necessidade de atualização da político-criminal segundo uma leitura em conformidade com a realidade social produz a fundamental e contínua convivência da descriminalização com as exigências de novas criminalizações.

4.4.4 Neocriminalização

A sociedade moderna distingue-se pelos problemas e complexidades que ultrapassam as forças de atuação dos paradigmas do direito penal clássico. Ao longo do presente trabalho foi possível observar que os processos de descriminalização e criminalização atuam lado a lado, sobretudo em conformidade com os movimentos de política criminal contemporâneas.

Com base no arcabouço teórico desenvolvido foi possível avaliar como a política criminal atual é perpassada por movimentos contraditórios podendo-se trilhar um caminho que tem como ponto de saída o Direito Penal máximo, que atravessaria o Direito Penal mínimo e desembocaria no abolicionismo penal.

Esses processos contraditórios são reproduzidos cotidianamente pela doutrina e pela prática legislativa.

Cabe indagar, à guisa de conclusão, três questionamentos fundamentais, previamente elaborados por CERVINI⁶⁹¹:

1. A descriminalização perdeu seu lugar privilegiado entre as estratégias político-criminais contemporâneas?

2. Será que as tendências de descriminalização e criminalização se sucedem como um fluxo e refluxo sem que nenhuma de ambas as direções mereçam uma primazia político-criminal?

3. E, finalmente, uma pergunta muito atual e crucial: existe uma antinomia substancial entre estes processos que os faz estrategicamente incompatíveis?

A primeira pergunta pode ser respondida com facilidade. A descriminalização não só se mantém como uma estratégia de política criminal como, haja vista a atual tendência expansionista da intervenção punitiva em contraposição à evidente falência da sanção criminal, tem ocupado posição privilegiada, como uma resposta eficiente a esse Direito penal máximo.

O segundo questionamento teve sua resposta exaustivamente antecipada ao longo desse trabalho: a descriminalização e a criminalização são dois processos de continuidade histórica conjunta haja vista, sobretudo a (re)definição dos tipos penais ao longo do processo evolutivo e das mudanças sociais.

Finalmente, a última questão é respondida com base nas afirmações anteriores, não há uma antinomia entre os processos de criminalização e descriminalização. A divisão estanque acarretaria em uma ilusória crença de que o Direito Penal pode ser fragmentado enquanto partícipe de um ou outro movimento.

A política criminal não deve estar adstrita à descriminalização, para DOTTI⁶⁹²: “Assim como as mudanças sociais tornam inócuas certas condutas, também surgem outras formas de atividade que devem ser submetidas à lei criminal ou sofrer a incidência de um reforço de punição”.⁶⁹³

Os processos de descriminalização não excluem a criminalização, apenas a circunscreve a algumas exigências – intervenção mínima e lesividade – ou seja, “não se pode deixar de reconhecer a necessidade de tipificar uma série de fatos

⁶⁹¹ CERVINI, Raúl. **Processos de descriminalização**. p. 216.

⁶⁹² DOTTI, René Ariel. **Reforma Penal Brasileira**. p. 38.

⁶⁹³ DOTTI, R. A. Obra citada. p. 38.

novos de gravidade indiscutível, gerados pelo nem sempre ‘admirável mundo novo’ criado pelo chamado progresso”.⁶⁹⁴

Essas tendências atuam simultaneamente, portanto. A descriminalização é um imperativo contra a intervenção meramente simbólica e expansionista do Direito penal. Sobre a inter-relação entre os movimentos, DIAS e ANDRADE⁶⁹⁵ destacam que “a própria dinâmica da descriminalização tem levado a doutrina a confrontar-se com os problemas dos seus limites, nomeadamente, a questionar a eventual existência de imperativos jurídico-constitucionais de criminalização”.

As propostas de (re)legitimação do Direito penal originam-se da necessidade de maior proteção aos interesses coletivos. DIAS e ANDRADE⁶⁹⁶, asseveram que: “à parte da abusiva hipertrofia do direito criminal (...) – que, como vimos, está na origem e justifica o movimento de descriminalização –, a verdade é que as transformações do mundo em que vivemos vêm reclamando um ajustamento”, ou seja, um aumento do controle penal em setores específicos (transformações tecnológicas, econômico-sociais, políticas e culturais).

BARATTA⁶⁹⁷ aduz que a maior danosidade social de certos comportamentos não criminalizados quando contrapostos com o desvio criminalizado e perseguido afirma que a reformulação da política criminal com vistas à relegitimação penal:

ampliação e ao reforço da tutela penal, em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade: a saúde, a segurança no trabalho, a integridade ecológica, etc. Trata-se de dirigir os mecanismos de reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada. Trata-se, ao mesmo tempo, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos.

Ao lado dessa (re)legitimação penal o autor assevera para a importância fundamental da despenalização, a qual representaria uma reforma do sistema penal ao “aliviar, em todos os sentidos, a pressão negativa do sistema sobre as classes

⁶⁹⁴ LUISI, Luiz. **O princípio constitucional penal da intervenção mínima**. p. 277. “Daí não se poder fugir à evidência de que criminalização e descriminalização são partes de um mesmo processo renovador. Mister é descriminalizar para sustar o alarmante e notório desequilíbrio entre as necessidades de segurança e e proteção real do homem e das sociedades humanas e um sistema penal sobrecarregado, lerdo e incapaz”.

⁶⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena. p. 439.

⁶⁹⁶ DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. Obra citada.

⁶⁹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. p. 202.

subalternas (...) (e promover) também (a) substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes”.⁶⁹⁸

Visando um equilíbrio entre os processos (des)criminalizantes, LUISI⁶⁹⁹ assevera que: “no atual momento, prioritária é a tarefa descriminalizadora. É urgente expungir das legislações penais uma série de tipo carentes de relevância, e que outras sanções que a ordem jurídica dispõe são suficientes para puni-los”.

SBARDELOTTO⁷⁰⁰, com base nos ensinamentos de FERRAJOLI preconiza que dentre os bens jurídicos cuja proteção é necessária, incluir-se-ia, além dos clássicos direitos individuais e liberais, também os direitos coletivos e sociais, como o direito ao meio ambiente e à saúde.

Isto posto, dever-se-á recorrer à (neo)criminalização, excepcionalmente e subsidiariamente, “à punição de novas condutas que denotam enorme nocividade social e frente às quais as soluções extrapenais se mostraram ineficazes”.⁷⁰¹

A sanção penal deverá prevenir aquelas condutas responsáveis pelas injustiças sociais, podendo-se citar, de acordo com CERVINI⁷⁰² as propostas de criminalização da chamada ‘criminalidade dourada’, socialmente nociva e perigosa, vinculadas ao exercício abusivo “do poder político e ao terrorismo”⁷⁰³; (...) ao do poder econômico⁷⁰⁴, (...) e da especialização profissional e ao domínio funcional-operativo dos meios tecnológicos⁷⁰⁵ (...).

Importa que se estabeleçam alguns limites à criminalização. Em primeiro lugar, a neocriminalização não poderá ter o condão de segregar determinado grupo – considerado anormal – através da tipificação dos comportamentos de seus elementos, como se dá com o homossexualismo, por exemplo, em que o direito penal é utilizado para tornar dominante a concepção de um grupo determinado.

⁶⁹⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. p. 202.

⁶⁹⁹ LUISI, Luiz. **O princípio constitucional penal da intervenção mínima**.

⁷⁰⁰ SBARDELOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. p. 212-213.

⁷⁰¹ CERVINI, Raúl. **Processos de descriminalização**. p. 217.

⁷⁰² CERVINI, R. Obra citada. p. 220-224.

⁷⁰³ CERVINI. p. 222. “Formas de corrupção e de colusão político-econômica; a utilização abusiva de privilégios e imunidades, as práticas que afetam o direito à privacidade; os atos atentatórios contra a cultura, os de terrorismo de Estado etc...”

⁷⁰⁴ CERVINI. p. 223. “a criminalidade ecológica; a criminalidade social e as variadas formas de delinquência econômica nacional e internacional que não passam pelo sistema penal”.

⁷⁰⁵ CERVINI. p. 223. “a criminalidade pelo abuso das formas jurídicas, a criminalidade realizada com instrumentos de alta tecnologia diferentes dos computadores convencionais (...) e delinquência por meio de sistemas computadorizados (...)”.

Da mesma forma, “a penalização não deve jamais ter como primeiro objetivo a criação de um sistema visando ajudar ou tratar um delinqüente (em potencial) no seu próprio interesse”.⁷⁰⁶

Está vedada, finalmente, a criminalização quando venha a acarretar a sobrecarga do sistema ou nas hipóteses de atuação meramente simbólica, ou seja, surgida em um momento de desespero popular e criada para que a população venha a acreditar que dessa forma o problema será solucionado.

Quaisquer inovações, no entanto, devem ter como limite fundamental de interpretação o viés garantista, a fim de que os princípios constituídos sejam também observados, assegurando-se a aplicação de um direito penal mínimo, fundamento de um Estado Democrático e Social de Direito, demarcado por limites rígidos e vinculação à lei, deslegitimando-se o exercício absoluto do poder punitivo.

Além da repressão e aquém da ineficácia, “no modelo democrático o Estado Social deve ser máximo, o processo garantista e o direito penal mínimo”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ HULSMAN, Louk H. C. **Descriminalização**. p. 23.

⁷⁰⁷ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. p. 45.

5. CONCLUSÃO

1. O presente estudo avaliou os processos de criminalização e descriminalização, fundamentais para o entendimento do desenvolver da política criminal moderna. Centrado, portanto, na premissa de que os processos acima referidos atuam concomitantemente em uma dada estrutura jurídico-penal buscou-se sopesar, em um primeiro momento, as tendências de política criminal contemporâneas influenciadoras da dialética criminalização/descriminalização.

2. As necessidades supranacionais, somadas ao amplo crescimento do movimento da lei e da ordem e da tolerância zero vêm incrementando a ideologia repressiva. Neste contexto, dentre as teorias punitivistas, o funcionalismo sistêmico elaborado por Günther Jakobs, além de fornecer uma teoria geral do direito penal, teria o condão de oferecer respostas (eficazes) a essas (novas) necessidades interventivas. Com um estilo nitidamente maniqueísta e baseado em uma ótica contratualista e sistêmica, o *direito penal do inimigo* promove uma divisão social, polarizando dois lados: o do cidadão e do inimigo. A concepção sistêmica avalia a pena com uma função eminentemente preventiva – prevenção geral positiva – pois protege a validade normativa. Essa resposta punitivista, contudo, afastar-se-ia do Estado de Direito, encontrando guarida no Estado de Polícia. Porque evidencia o exercício totalitário do poder estatal e porque nega as conquistas históricas atinentes aos direitos e garantias individuais e coletivas, o modelo de Direito Penal máximo representado pelo direito penal do inimigo deve ser abandonado.

3. Em sentido diametralmente oposto, o abolicionismo penal (radical) revela as reais funções exercidas pelo sistema punitivo – seletividade e arbitrariedade – fornecendo o retrato para a sua deslegitimação. A tese abolicionista denuncia a utilização do princípio da legalidade (formal) enquanto princípio legitimador do poder punitivo; aponta para a distorção das tipificações e a ausência de critérios no que tange à penalização e à conceituação do delito. Com espeque nessa posição efetivamente crítica frente ao sistema de política criminal propõe sua ruptura. Isto não significa o simples abandono do sistema punitivo, como também da cultura punitiva, advertindo para a necessidade de um câmbio de linguagem e do

deslocamento do controle social – atualmente simbolicamente representado pelo direito penal – do Estado para a sociedade. Trabalha, portanto, com os processos de descriminalização, despenalização e desestatização, bem como o incremento dos modelos conciliatórios.

Reconhecido o mérito do abolicionismo de ter revelado a atuação meramente simbólica da estrutura penal estatal, a proposta abolicionista pecaria quanto à sua factibilidade. O poder punitivo, por mais aflitivo e segregador que seja, (ainda) corresponde a uma realidade necessária. O ideário movido pela solidariedade social é uma utopia, pois exige da sociedade moderna uma tomada de posição que ela não está disposta a assumir. Por essas razões, a gradual renúncia à intervenção punitiva e subsequente substituição por soluções alternativas de controle social encontra-se efetivamente distanciada da conjuntura social moderna.

4. A concepção minimalista parte da mesma premissa do abolicionismo – crise conjuntural da legitimidade do sistema penal – distinguindo-se, contudo, em relação aos seus fins. Dentre os minimalistas, por sua vez, há uma divisão interna, conforme o movimento seja encarado como um meio para a abolição do sistema penal – incorporam a razão abolicionista – ou como um fim em si mesmo – o garantismo, dialeticamente, abdica da abolição, fundando-se na (re)legitimação do poder punitivo.

A primeira corrente tem como maiores expoentes BARATTA e ZAFFARONI. O modelo de Alessandro Baratta preconiza uma tomada de posição, delineando uma política criminal alternativa com esboço nas funções reais promovidas pelo sistema penal – seleção de crimes e criminosos, estigmatização, manutenção ideológica do discurso punitivo através dos meios de comunicação de massa, estruturação fundante de um mecanismo de classes – balizada na minimização da intervenção punitiva, ancorada em princípios do direito penal mínimo, garantidores da dignidade humana, da igualdade e da observância aos direitos humanos.

O modelo de ZAFFARONI preocupa-se com a realidade marginal, sobretudo dos Países latino-americanos. Com base nesta premissa, utiliza o minimalismo como um meio empregando cada vez mais os substitutos penais: descriminalização, despenalização e diversificação – evoluindo-se para uma utilização da pena privativa de liberdade cada vez menor, até chegar-se ao seu fim, substituindo-a por uma solução menos violenta.

Em que pese as considerações teóricas divergentes, o que importa é que no campo da prática, tanto os abolicionismos quanto os minimalismos, através da fundamentação na *intervenção penal minimamente possível* são responsáveis por oferecer respostas viáveis aos problemas da política criminal contemporânea, contendedoras da violência estatal e protetivas dos direitos humanos, sobretudo como formas de combate aos discursos punitivistas – lei e ordem – e às tendências de criminalização e recrudescimento de penas.

O modelo teórico garantista de Luigi Ferrajoli propõe um direito e um processo penal democráticos. Com base no distanciamento entre os planos normativos constitucionais e infraconstitucionais, o garantismo pretende atingir a efetividade dos ditames da Carta da República através da conformação da intervenção punitiva a um sistema de garantias. Comprometido com a minimização do Direito Penal e com a necessária adequação das disposições infraconstitucionais ao sentido axiológico constitucional, o garantismo almeja, além do desenvolvimento das garantias e liberdades individuais, também a consecução dos direitos sociais, vitais ao corpo social.

Dentre punitivismos e abolicionismos (radicais ou moderados) optou-se pela via do garantismo penal por considerá-la a mais factível e por sua vinculação aos ditames constitucionais. As garantias atuam, portanto, como limites ao poder punitivo e, ao mesmo tempo, como exigências de atuação do Estado em relação aos direitos sociais. Com base nessas premissas, pode-se avaliar o Direito Penal Mínimo como o meio para a (re)legitimação do poder punitivo e, ao mesmo tempo, como uma barreira ao excesso de intervenção e às ingerências ilegítimas.

Ainda que bastante breve, a compreensão resultante das teorias de política criminal contemporâneas foi de fundamental importância, permeando todas as reflexões posteriores relativas ao trabalho, sobretudo no que tange à reafirmação do papel de limitação atribuído ao Direito penal.

5. O processo de criminalização deve estar amparado por limites bem delineados. Essa imposição limitativa à criminalização estará diretamente relacionada à descriminalização, ou seja, nas hipóteses em que, pelas garantias legais a criminalização de uma determinada conduta não se mostrar legal (legalidade formal e substancial) abre-se espaço para defender-se a sua descriminalização. Por essas razões, o esboço das funções do direito penal

apresenta-se como um imperativo posto que, dependendo do entendimento acerca das missões do direito penal uma dada criminalização poderá ser considerada legítima ou ilegítima.

Superada a dificuldade conceitual, optou pelo uso do termo *função* com o fim de representar o exercício real ou efetivo da política criminal em um dado ordenamento jurídico. A denominação missão foi empregada para definir os objetivos visados (e nem sempre efetivados) pelo sistema punitivo. Com base, sobretudo, na construção teórica da Criminologia Crítica – fundada nas descobertas do *labelling approach* e na crítica materialista (Criminologia Radical) – as funções do Direito Penal foram reveladas, com destaque à simbólica, desconstruindo-se, dessa forma, o discurso político-criminal. Em que pese a previsão meramente formal da isonomia, fica evidente o processo de seletividade e estigmatização desempenhado pelo poder punitivo – representante da classe dominante – exercido em dois momentos, criminalização primária e secundária. Acrescente-se, ainda, em tempos de hemorrhagia legislativa e expansão penal a função promocional, responsável pela manutenção de uma ideologia positivista crente na solução legal a todas as mazelas sociais.

Em relação às missões, apesar da variedade de entendimentos esboçados pela doutrina penal, haja vista a postura garantista ora defendida, optou-se pelo emprego da intervenção penal com esboço em dois desígnos salutares: o aparato penal com o fim de proteção de bens jurídicos fundamentais – (re)legitimação – e especialmente a abordagem da tutela penal como garantia – a delimitação do poder punitivo também como um instrumento de defesa dos direitos individuais, sociais e coletivos – sem, contudo, incorrer no erro de ignorar-se as funções reais produzidas pelo sistema, buscando-se, na verdade, com base no ideal garantista e na crítica criminológica, diminuir a distância entre a *missão* (dever ser) e a *função* (ser) desempenhada pelo Direito Penal.

6. A funcionalidade do sistema punitivo está estreitamente relacionada às fins impostos à sanção penal. Por essa razão e tendo-se em conta, sobretudo, a operacionalização dos movimentos de despenalização, a abordagem (sucinta) das teorias (des)legitimadoras da pena é extremamente importante. Apresentado o panorama geral das funções da pena – retribuição e prevenção – cumpre-se que se faça sua análise crítica. O fracasso da ideologia da ressocialização e do sistema

prisional, bem como o desvelamento das reais funções exercidas pela sanção penal, abrem espaço à *teoria agnóstica da pena*. A partir dessa via, é possível avaliar-se as teorias negativas da pena. Neste diapasão, o garantismo penal defende um utilitarismo reformado – evitar ao máximo possível o sofrimento – importando à sanção a finalidade impeditiva da vingança privada. A Criminologia Crítica, por sua vez, aporta à teoria agnóstica o ideal abolicionista, advogando o minimalismo penal. Por fim, através de uma concepção materialista, a sanção penal resta avaliada como um mecanismo de reprodução das estruturas de poder do sistema capitalista.

Tendo-se em conta que o objetivo geral do direito penal é promover a minimização da violência em nossa sociedade e partindo-se da constatação de que uma sociedade solidária e fraterna ou uma estrutura econômica dissociada do capitalismo são realidades (ainda) muitos distantes, a via garantista apresenta-se como a mais razoável e factível, sobretudo porque importa, além da defesa social – retribuição do crime – também um instrumento de garantia e proteção do indivíduo – contra a vingança privada e as ingerências punitivas estatais.

7. Tomado o Direito como um sistema de limites e garantias, (re)visitá-las em conformidade com a construção garantista é de fundamental importância. Os princípios penais impeditivos do arbítrio estatal requerem uma classificação nova, sobretudo tendo em conta a distinção promovida pela teoria garantista entre mera legalidade ou legalidade formal – reserva absoluta de lei, delimitação da fonte e processo legislativo – e estrita legalidade ou legalidade material – observância dos princípios da necessidade, lesividade e culpabilidade.

A garantia da estrita legalidade trata, efetivamente, do resgate da Constituição como elemento fundante, na qual restam fixados os limites do legislador derivado, operando como parâmetro da construção legislativa em matéria penal. Em suma, o *princípio da legalidade material* é uma garantia constitucional, que atua como caráter limitativo do poder estatal, dirigindo-se ora ao legislador que se encontra vinculado à formulação de delitos que atendam aos princípios da necessidade, lesividade e culpabilidade, ora ao órgão acusador, limitado às autorizações expressas relativas ao exercício da pretensão acusatória, e, finalmente repercute no órgão julgador, juízes e Tribunais aos quais é defeso definir tipos penais ou cominar sanções criminais, garantindo-se, assim, a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais.

Para conter a expansão penal mister a defesa e aperfeiçoamento das garantias penais e processuais, na perspectiva de proteção dos direitos fundamentais. A abertura da lei é uma brecha ao arbítrio, ao subjetivismo, haja vista as inúmeras disposições valorativas.

8. A delimitação da noção de bem jurídico torna-se ainda mais necessária na sociedade atual, haja vista que, as conjunturas sociais, sobretudo as econômicas – Estado Neoliberal – influenciam diretamente na eleição do bem jurídico-penal, podendo-se afirmar a atual crise do conceito. O Estado mínimo atua através de um Direito Penal máximo, como, por exemplo, a criminalização dos delitos de cunho econômico, ambiental, tecnológico ou de consumo, bem como a tipificação crescente de crimes de perigo abstrato, o que alarde para a precisão de recorrer-se à teoria do bem jurídico.

Com base nestas constatações, procurou-se delinear as principais funções exercidas pelo bem jurídico-penal, salientando-se a *função de garantia*, ou seja, vinculando-se ao princípio da necessidade penal, o delineamento do bem jurídico-penal favorece a limitação da intervenção penal. Haja vista, sobretudo, a co-relação entre o bem jurídico e a função (missão) da tutela punitiva – *princípio da exclusiva proteção de bens jurídico-penais* – a delimitação do bem jurídico é de fundamental importância, para que sua vagueza e complexidade conceitual não venham a ser utilizada para fundamentar intervenções autoritárias.

Quanto mais fluído o conceito de bem jurídico-penal, mais penetrante será a intervenção estatal, pois lhe faltará lindes, elegendo-se, de acordo com interesses (muitas vezes) escusos os bens jurídicos e auferindo-lhes a qualificação *penal*. Por essa razão, as teorias constitucionalistas têm promovido a vinculação da referida eleição de bens às previsões constitucionais. O quadro axiológico constitucional, dessa forma, poderá ser interpretado como uma barreira e exigência explícita da criminalização – sentido estrito – ou apenas como um parâmetro limitativo, conservando-se maior liberdade ao legislador ordinário – sentido amplo.

Considerando-se a (in)segurança manifesta do texto constitucional brasileiro – processo amplo de emendas constitucionais – impor à Constituição da República a tarefa fundamentadora da criminalização levaria a muito inconvenientes. A Constituição Federal está longe de efetivar uma rigidez limitativa, a usina de leis característica de nosso cenário político e social, manipulada por interesses

determinados, encontraria um amplo terreno constitucionalizando exigências de criminalização nitidamente ilegítimas e porque não dizer inconstitucionais.

9. Traçados os suportes teóricos mencionados – punitivismo, abolicionismo, minimalismo e garantismo – bem como as funções e os limites à intervenção penal – política criminal, pena, garantias e bem jurídico – importa que se avaliem, efetivamente, os processos de (des)criminalização. Primeiramente, importou a ressalva pertinente à necessidade da distinção dos processos de política criminal propensos à minimização da intervenção punitiva. As tendências abolicionistas e minimalistas têm influenciando variados fenômenos, dentre os quais a despenalização, a desjudicialização, a descarcerização, a diversificação, dentre outros. Superada essa primeira dificuldade conceitual, o processo de descriminalização em si abarca igualmente uma variedade de significações, conforme importe na exclusão do crime da esfera jurídica (sentido estrito), na substituição da tutela penal para outro ramo do direito (descriminalização substitutiva) ou; finalmente, quando for faticamente considerada sem necessitar de uma formalização (descriminalização). Ressalte-se, finalmente, que a descriminalização não deverá quedar-se adstrita à intervenção punitiva, exigindo-se dos aplicadores do direito – magistrado – o seu reconhecimento no caso concreto, adotando-se a principiologia limitativa da intervenção penal.

Os processos de descriminalização, no entanto, são rotineiramente combatidos, havendo-se que se destacar alguns obstáculos à sua concretização. Os fatores sociais – desigualdade, miséria, violência e criminalidade – bem como os econômico-políticos – política Neoliberal – importam em uma intervenção penal máxima, a qual atua em confronto com a descriminalização, através da expansão legislativa e da neocriminalização. Junte-se a isso o atuar midiático, a venda do discurso de *lei e ordem*, a exploração da violência e do medo, fatores determinantes para a hipertrofia penal. Por fim, tem se considerado que a descriminalização produziria alguns efeitos político-criminais indesejáveis, como as dificuldades em limitá-la, o temor dos seus efeitos na segurança jurídica e a violação dos direitos fundamentais e dos direito humanos.

Em que pese obstar, não raras vezes, a concretização dos processos descriminalizantes, referidas objeções servem para demonstrar como a descriminalização é um processo estritamente relacionado à neocriminalização e

como a sua defesa e manutenção é fundamental para o equilíbrio da intervenção penal. Para aqueles que rechaçam a descriminalização afirmando que esse movimento macularia a segurança jurídica basta a seguinte afirmação: ainda que ignorada e combalida, a descriminalização fundada no Direito Penal mínimo tem uma função garantista essencial: conter a criminalização e, portanto, efetivar a segurança jurídica – aqui considerada como a limitação do Estado – invertendo-se, portanto, a ótica: movimento de política criminal – criminalização e expansão penal – e obstáculos à sua concretização – descriminalização.

10. Finalmente, nesse momento é possível que se tracem as principais conclusões sobre as políticas de (des)criminalização. Desde o início, procurou-se desvincilhar-se das concepções teóricas mais radicais – *Direito Penal do inimigo*, *abolicionismo* e *Criminologia Radical* – deixando-se clara a assunção do referencial teórico minimalista. Em que pese as críticas, a teoria garantista (FERRAJOLI) mantém-se como a saída mais factível.

O desvelamento das funções reais do sistema penal (BARATTA) é uma premissa indispensável, não obstante, a crítica à ideologia seletiva e estigmatizante não deve, ao nosso entender, ser substituída por um sistema de idéias igualmente irreais e de difícil concretização. Uma sociedade fraterna e solidária e um Estado fomentador das necessidades públicas essenciais é uma realidade ainda muito distante. A luta de classes contra o nacionalismo, o colonialismo e o imperialismo – desejo de libertação – levaram, nos dizeres de NEGRI, à internacionalização e globalização das relações, ou seja, esse desejo foi atendido pela construção do Império – criou-se um novo "monstro". A dialética da exploração continua latente na modernidade... Nesse contexto, a Criminologia Crítica denuncia a atuação do Direito Penal. ZAFFARONI, por sua vez, aponta a situação da periferia (DUSSEL) e a marginalização característica da América Latina.

A sensação que fica é de puro desalento... A evolução para uma sociedade fraterna é uma utopia, a superação do modo de produção capitalista, e, por conseguinte, da estrutura de classes sociais mostra-se cada vez mais improvável. A situação (des)privilegiada da América Latina, que ainda enfrenta problemas estruturais tais como saneamento básico, reforma agrária, emprego, saúde, educação, dentre outros tem combalido qualquer esperança de futuro. Nesse

contexto, o Estado Penal ergue-se magistralmente – esquece-se do humano no Direito – enquanto o Estado Social retira-se sorrateiramente...

Some-se a isso, a difusão ideológica nas Faculdades de Direito e no cotidiano da sociedade, de que o Direito Penal é a resposta mais efetiva às agruras sociais – combate ao crime.

Desconstruídos os mitos, é possível pensar em soluções?

A descriminalização é uma resposta ao Direito Penal máximo, deve-se entretanto, tomar-se todas as cautelas para que não venha a servir tão-somente para manter interesses escusos. Por sua vez, como uma exigência à maior atuação (positiva) do Estado, a neocriminalização também se apresenta como uma via possível. Para furtar-se do fenômeno da alienação, de qualquer maneira, deve-se caminhar de olhos bem abertos.

Partindo da premissa garantista, os processos de criminalização e descriminalização, delineados pela tendência a um Direito Penal mínimo estão circunscritos a um esquema principiológico que oferece as respostas ao sistema atual.

Como conclusão geral, sob a perspectiva de todos os pontos analisados pelo trabalho, julga-se ser possível afirmar que o desenvolvimento teórico e prático do Direito Penal, com vistas a abarcar a sua aplicação em conformidade com os ditames constitucionais preconiza, além da limitação ao Estado repressor, a possibilidade desse ramo do Direito exercer também uma função social, concretiz(áve)l através dos processos de (des)criminalização.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do sistema penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciência Criminais**. n. 14. abr./jun., 1996.

_____. Minimalismos e Abolicionismos: A Crise do Direito Penal entre a Deslegitimação e a Expansão. **Revista da ESMESC** (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina). v. 13. n. 19. Florianópolis: ESMESC, 2006.

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de um derecho penal de la enemistad. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 51, nov./dez. 2004. p. 9-43.

_____. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 64, jan.-fev. 2007. p. 11-29.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal**. Parte Geral. Trad. André Estefan. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Principio de Derecho Penal**. Parte General. 3. ed. Madri (Espanha): Ediciones Akal S.A., 1994.

BAILONE, Matías. Abolicionismo, o como destruir el arrogante Império del Poder Punitivo. **Revista de Derecho Penal, Processo Penal y Criminologia**. ano 4. n. 7/8 2004. Edición 2005. Ediciones jurídicos cuyo. p. 461-482.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 8. n. 29. jan-mar. 2000.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Principios de Derecho Penal mínimo. *In*. BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)**. Buenos Aires (Argentina): Editorial B de F, 2004, p. 299-333.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 11. n. 42 jan./mar. 2003. p. 242-263.

_____. **Temas de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1984.

BAUER, Guilherme G. Telles. Origens e Teorias sobre a Violência. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez. n. 27, out./dez. 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BELING, Ernest Von. **A ação punível e a pena**. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007.

BETIOL, Giuseppe. **O problema penal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Editora LZN, 2003.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Novas Penas Alternativas**. Análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis: Princípios Fundamentais do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 4. n. 15, jul./set. 1996. p. 81-88.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOZZA, Fábio da Silva. Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora RT. n. 70, jan.-fev. 2008. p. 41-70.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

_____. **Direito penal**. Parte geral, tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 62, nov.-dez. 2006, p. 107-133.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

BUSATO Paulo César. **O Papel do Ministério Público no Futuro do Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Notadez. n. 5, 2002.

CABRERA, Marcus Antonio. Reflexões sobre o princípio da intervenção mínima, ofensividade e lesividade. In. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito Penal e Constituição**. Belo Horizonte: Malheiros Editores. p. 277-299.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal: A Expansão do Direito Penal como Forma Simbólica de Controle Social. *In*. CALLEGARI, André Luís. **Política Criminal. Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-22.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de: **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

_____. **A Política criminal de drogas no Brasil**. Estudo Criminológico e Dogmático. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____. Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo. *In*. CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

CASTRO, Fábio Caprio Leite. Postulado da proporcionalidade como estrutura formal para a realização da justiça corretiva. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 04, n. 16, 2004.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reflexões sobre o Direito Penal no terceiro milênio. *In*. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Estudos criminais em homenagem ao professor Luiz Luisi**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 167-179.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CHAUI, Marilena. **Simulacro e poder**. Uma análise da mídia. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível ter-se o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 5. jan./mar. 2002.

CHRISTIE, Nils. Conversa com um abolicionista minimalista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora RT. n. 21, jan.- mar. 1998. p. 13-22.

CONDE, Muñoz; HASSEMER. **Introduccion a la Criminologia y al Derecho penal**. Valencia (Espanha): Tirant lo Blanch, 1989.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**. Parte general. 3. ed. Valencia (Espanha): Tirant lo Blanch, 1998.

COPETTI SANTOS, André Leonardo. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. *In*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v. 1, n. 1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.12, n.50, p. 237-279, set./out. 2004.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e Constituição**: aspectos relevantes para a sua aplicação e execução. São Paulo: Editora RT, 1995.

COSTA, Sidney Alves. Abolicionismo Penal. *In*. **Ciência Penal. Coletânea de Estudos. Homenagem a Alcides Munhoz Neto**. Curitiba: JM Editora, 1999.

COSTA, Claudia Pinheiro da. **Sanção Penal**. Sua Gênese. Tendências Modernas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 1, n. 04. out./dez. 2001.

_____; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 3, n. 11, 2003.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e descriminalização. Porto (Portugal): Universidade Católica Portuguesa Editor, 1995.

CURI, Ivan Guérios. Do real imaginário ao real concreto. *In*. CURI, Ivan Guérios (Coord.). **Estudos de Teoria Geral do Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva. Uma análise à luz do Garantismo Penal**. Curitiba: Editora Juruá, 2004.

DALLA-ROSA, Luiz, Vergílio. **O direito como garantia**: pressupostos de uma teoria constitucional. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DARGÉL, Alexandre Ayub. Princípio da lesividade, garantismo e Direito penal mínimo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 03, 2001.

DELMANTO, Fábio Machado de Almeida, PAULA, Gauthama Fornaciari, RASSI, João Daniel. Efeitos penais do Refis III (*MP n. 303/06*). **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n.166, p. 11-12, set. 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora Limitada, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais da Doutrina Geral do Crime. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2004.

DOTTI, Renné Ariel. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Reforma penal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FABRES DE CARVALHO, Thiago. O “direito penal do inimigo” e o “direito penal do homo sacer da baixada”: exclusão e vitimação no campo penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 25, jan./mar. 2007.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal? Breves lineamentos sobre a função do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora. N. 69; nov.-dez., 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et. al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal**. O Criminoso e o Crime. Trad. Beleza dos Santos. 2. ed. Campinas: Bookseller Editora, 1999.

FLACH, Michael Schneider. As políticas criminais e sociais no estado moderno como alternativas ao recrudescimento do direito e do processo penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 28, jan./mar. 2008.

FRANCO, Alberto da Silva. **Crimes Hediondos**. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2007.

_____. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra (Portugal): Coimbra Editora. Ano 6. fase 2º. abr./jun. 1996. p. 175-187.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**: Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fonte, 1999.

_____. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Rmalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GABRIEL GUIMARÃES, Cláudio Alberto. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. O Princípio da Legalidade Como Limite do *Ius Puniendi* e Proteção dos Direitos Fundamentais. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez. n. 23, jul./dez. 2006. p. 153-177.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal, volume 1**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito Penal, volume 2**: Parte Geral. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Isaac N. B. Sabbá. A intervenção mínima para um direito penal eficaz. **Direito e Sociedade**. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. Curitiba, v. 1, n. 1, set./dez. 2000. p. 165-193.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora RT. n. 56, set.-out. 2005. p. 80-112.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Fundamentos do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 29. abr./jun. 2008. p. 9-20.

_____. Características e crises do Moderno Direito penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, ano? n. 8.

_____. **Direito Penal Libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez. n. 29. abr./jun. 2008. p.

HIRECHE, Gamil Föppel el. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Fporense, 2004.

HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direito: autolesões devem ser punidas penalmente? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 67, jul./ago. 2007. p. 11-28.

HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. *In*. PASSETI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revam, 2004. p. 35-68.

_____. Descriminalização. **Revista de Direito Penal**. Órgão oficial do instituto de ciências penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 9/10, jan./jun. 1973. p. 7-26.

JANKZESKI, Célio Armando. A extinção da punibilidade pelo pagamento e os novos rumos ditados pela Lei 10.684/03. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo, a. 13, n. 61, mar-abr, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Granada (Espanha): Comares Editorial, 1993.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. Editora Monole.

KARAM, Vera Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Editora Luam, 1991.

_____. Pela Abolição do Sistema Penal. *In*. PASSETI, Edson. **Curso Livre de Abolicionismo Penal**. Rio de Janeiro: Revam, 2004. p. 69-107.

_____. Pelo rompimento com as fantasias em torno dos delitos e das penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 8. n. 29, jan.-mar. 2000. p. 331-350.

_____. Política e Legislação de Drogas: Aspectos Dogmáticos e Criminológicos. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez. n. 23, jul./dez. 2006. p. 77-90.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIST, Dario José. Fundamentos do Direito Penal Democrático. **Revista de Estudos Criminais**. n. 2 p. 132. Porto Alegre: Notadez, a. 01, n. 02, 2001.

LARRAURI, Elena. Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez. n. 20. ano ?

LEAL, José. Lei dos Crimes Hediondos ou *Direito Penal da Severidade*. 12 equívocos e casuísmos. **Revista Brasileira de Estudos Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 40.

LIMA DE CARVALHO, Márcia Dometilha. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal**. Editora Russel.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Alternativas para o direito penal e o princípio da intervenção mínima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 757, n. 87, p. 402-412, Novembro. 1998.

_____. **Princípio da insignificância no direito penal**: análise à luz da Lei 9.099/95 – juizados especiais criminais, lei 9.503/97, código de trânsito brasileiro e da jurisprudência atual. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. O princípio constitucional penal da intervenção mínima. **Ciência Penal. Coletânea de Estudos. Homenagem a Alcides Munhoz Neto**. Curitiba: JM Editora, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **Difíceis ganhos fáceis**. Drogas e Juventude no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2003.

_____. **O tribunal de drogas e o tigre de papel**. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 04, 2001.

MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da Insignificância: exclusão da tipicidade ou da ilicitude? *In. Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 143-150.

MANRÍQUEZ, Alfredo Rene Uribe. Tolerancia cero: del olvido a las ventanas rotas. **Revista Brasileira de Estudos Criminais**, São Paulo: Editora RT. n. 63, p. 24, nov.-dez. 2006.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **História**. Org. Florestan Fernandes. São Paulo: Ática, 1989. (col. Grandes Cientistas Sociais).

MATZENBACHER, Alexandre; TONET, Fernando. **Política Criminal, América e Kafka**. Revista de Estudos Criminais. n. 28.

MAZZILI NETO, Ranieri. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MELLOSSI, Dario; PAVARINI, Massino. **Cárcere e fábrica**: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revam-ICC, 2006.

MESTIERI, João. **Teoria Elementar do Direito Criminal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Sedegra Sociedade Editora e Gráfica Ltda, 1971.

_____. Leis Hediondas e Penas Radicais. *In.* BARBA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes. (Org). **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 189-196.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Parte general. Buenos Aires (Argentina): Pellegrini Impresores, 1958.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do Delito. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho**. Barcelona (Espanha): Editorial Ariel S.A., 1994.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

_____; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um Processo Penal Democrático**. Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

NEUMANN, Ulfried. Direito penal no inimigo. Trad. Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora RT. n. 69, nov.-dez. 2007. p. 156-177.

OLIVEIRA, Edmundo. **Política Criminal e Alternativas à Prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PACHECO, Alcides Marques Porto e outros. Ordem e globalização na sociedade da globalização e do consumo. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 28.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. **Crimes tributários**: uma visão prospectiva de sua despenalização. São Paulo: Lumem Juris, 2003.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra (Portugal): Almedina, 2006.

PASCOAL, Janaína Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASSETI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. *In*. PASSETI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revam, 2004.

PAVARINI, Massimo. El Sistema de Derecho Penal entre Abolicionismo y Reduccionismo. **Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social**. Barcelona (Espanha): Promociones y Publicaciones Universitárias, 1995. p. 141-157.

PEGORINI, Fernanda Vecchi; ALMEIRA, Francis Moraes de. **A emergência do “risco” na política criminal brasileira**. Revista de Estudos Criminais. n. 25.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. O sistema penal: seus verdades e mentias. *In*. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Sistema Penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boireux, 2002. p. 181-194.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

_____. **Bem jurídico e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal de Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora RT. n. 47, mar.-abr. 2004. p. 31-45.

QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do Direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. **Funções do Direito penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

RAMIREZ, Juan Busto. Política Criminal e Injusto. **Revista de Direito Penal**. Órgão do Instituto de ciências penais do Rio de Janeiro. Conjunto Universitário Cândido Mendes. Rio de Janeiro: Forense. n. 30. jul./dez. 1980

REALE JR., Miguel. “Insegurança e tolerância zero”. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: !TEC/PUC-RS, n. 09. 2003.

ROCHA. Fernando Galvão da. **Direito Penal**. Curso Completo. Parte Geral. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALOMÃO, Heloísa Estellita. Princípio da Irretroatividade da Lei Penal e Interpretação Judicial. **Revista do Conselho de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: Conselho Nacional de Política Penitenciária. v. 1. n. 10, jun./dez. 1997. p. 81-83.

SANCHES, Samyra Haydeê Dal Farra Napolini. Os direitos humanos como fundamento do Minimalismo penal de Alessandro Baratta. *In*. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Verso e Reverso do Controle Penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boireux, 2002. p. 15-31.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

_____. **A moderna teoria do fato punível**. 3ª. Ed. Curitiba: 2004.

_____. **Direito Penal**: parte Geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumem Juris, 2008.

_____. **Teoria da pena**: fundamentos políticos de aplicação judicial. Curitiba: Lúmen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 3, n. 12, 2003.

SBARDELOTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito**: perspectivas (re)legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A criminalidade e os meios de comunicação de massa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo? Revista dos Tribunais Editora. n. 10.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Considerações sobre um modelo teleológico-garantista a partir do viés funcional normativista. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 03, n. 11, 2003.

_____. **O método do Direito Penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Prevenção x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, a. 4, n. 14, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos! - Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 13 n. 53, março-abril, 2005.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 46, jan.-fev. 2004. p. 73-93.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Neoliberalismo, mídia e movimento de lei e ordem: rumo ao Estado de Polícia. **Discurso Sediciosos**. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Revam, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *A filtragem hermenêutico-constitucional do direito penal: um acórdão garantista*. p. 134. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, ano?

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

TAVARES, Juarez. Bem Jurídico e Função em Direito Penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese. ano. 8, n. 46, out./nov. 2007

_____. **Teoria do Injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Editora Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios do Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tomo I. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Parte geral. Aspectos fundamentais. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1976.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

_____. Derecho Penal Aleman. De La Naturaleza de Las Penas Y Las Medidas de Seguridad. RDPP. n. 41.

YACOBUCCI, Guilherme Jorge. **As grandes transformações do Direito Penal Tradicional**. Trad. Lauren Paoletti Stefanni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____; BATISTA, Nilo. *et al.* **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.